Facturen und facturaclaus... nach österreichisc... recht

Gustav Hanausek

Digitized by Google

Bd Oct 1931

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.

Digitized by Google

Ausbm

Digitized by Google

Seinem lieben Freund
in Freu[illegible]
der Verf.

Aug-29

Facturen und Facturaclauseln

nach österreichischem Recht

von

Dr. Gustav Hanausek
außerord. Professor an der Universität Wien

Wien 1891.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt.

43

Digitized by Google

Neuerer Verlag

der Manz'schen k. u. k. Hof-Verlags- u. Univ.-Buchh. in Wien, I. Kohlmarkt.

Alter, Dr. **Rudolf**, Judikatenbuch des Verwaltungsgerichtshofes, umfassend die Erkenntnisse aus den Jahren 1884 bis 1888. gr. 8. 1890. (XXX, 512 S.) broschirt 4 fl. 40 kr., gebunden in Leinen 5 fl.

— Dasselbe. Erkenntnisse aus den Jahren 1889/90. gr. 8. 1891. (XXV, 238 S.) 2 fl.

Bernatzik, Dr. **Edm.**, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien. gr. 8. 1886. (X, 326 S.) 3 fl.

Budwinski, Dr. **A.** Freiherr **v.**, Erkenntnisse des k. k. Verwaltungs-Gerichtshofes. Zusammengestellt auf Veranlassung der hohen Behörde.

I. Band.	gr. 8.	1876/77. 2. Auflage.	(VI, 480 S.)	4 fl. — kr.
II. „	gr. 8.	1878. 2. Auflage.	(IV, 658 S.)	4 fl. — kr.
III. „	gr. 8.	1879.	(IV, 512 S.)	4 fl. — kr.
IV. „	gr. 8.	1880. 2. Auflage.	(578 S.)	3 fl. 60 kr.
V. „	gr. 8.	1881.	(523 S.)	3 fl. 40 kr.
VI. „	gr. 8.	1882.	(684 S.)	4 fl. — kr.
VII. „	gr. 8.	1883.	(772 S.)	4 fl. — kr.
VIII. „	gr. 8.	1884.	(704 S.)	4 fl. — kr.
IX. „	gr. 8.	1885.	(843 S.)	5 fl. — kr.
X. „	gr. 8.	1886.	(834 S.)	5 fl. — kr.
XI. „	gr. 8.	1887.	(944 S.)	5 fl. 60 kr.
XII. „	gr. 8.	1888.	(960 S.)	5 fl. 60 kr.
XIII. „	gr. 8.	1889.	(999 S.)	5 fl. 80 kr.
XIV. „	gr. 8.	1890.	(880 S.)	5 fl. 60 kr.

(Auf diese der Reihe ihrer Veröffentlichung nach bogenweise erscheinenden Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes besteht auch ein Abonnement von je 10 Bogen, wofür 1 fl. in Anrechnung gebracht wird; jeder Pränumerant ist zur Abnahme eines Jahrganges, welcher circa 60 Bogen gr. 8 umfaßt, verpflichtet.)

— **Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnisse**, nach § 6 des Gesetzes vom 22. October 1875, R. G. B. ex 1876 Nr. 36, geschöpft ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung.

I. Heft.	Jahrg.	1876—1878.	gr. 8.	1881. (IV, 150 S.)	1 fl.
II. „	„	1879—1880.	gr. 8.	1882. (IV, 136 S.)	1 fl.
III. „	„	1881—1882.	gr. 8.	1884. (IV, 124 S.)	1 fl.
IV. „	„	1883—1884.	gr. 8.	1886. (IV, 119 S.)	1 fl.
V. „	„	1885—1886.	gr. 8.	1887. (II, 128 S.)	1 fl.
VI. „	„	1887—1888.	gr. 8.	1890. (129 S.)	1 fl.
VII. „	„	1889—1890.	gr. 8.	1891.	1 fl.
I. bis VII. Heft complett in einem Bande broschirt					7 fl.
gebunden in Leinen					7 fl. 60 kr.

— **General-Index** zur amtl. Ausgabe der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungs-Gerichtshofes. 1876—1881. gr. 8. 1883. (203 S.) 1 fl. 60 kr.

Burckhard, Dr., System des österr. Privatrechtes. Erster Theil. Das Recht. Zugleich eine Einleitung in ein System des österreichischen Rechtes. 8. 1883. (XVI, 172 S.) 1 fl. 20 kr.

— Zweiter Theil. Elemente des Privatrechtes. 8. 1884. (XXVIII, 633 S.) 3 fl. 60 kr.

— Dritter Theil. 1. Abtheilung. Besitz und Grundbuchsrecht. gr. 8. 1889. (XVI, 540 S.) 4 fl. 80 kr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Facturen und Facturaclauseln

nach österreichischem Recht

von

Dr. Gustav Hanausek
außerord. Professor an der Universität Wien.

Wien 1891.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- u. Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt.

Digitized by Google

For TX
F385

MAY 2 5 1922

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

	Seite
Bedeutungen des Wortes „Factura". — Begrenzung der Aufgabe	1—4
§. 1. Allgemeine Charakterisirung der Factura des Verkäufers und des Einkaufscommissionärs. — Die wichtigsten Arten von Facturaclauseln und deren Gruppirung	5—11
§. 2. A. Die Factura ist eine Rechnung (Artt. 288 Abs. 2, 294, 51 H. G.). — B. Die Factura ist nicht Circulationspapier, kann rechtswirksam nicht an Ordre oder auf den Inhaber lautend gestellt werden; die Factura ist Lieferungspapier. — C. Thatsächliche Wirkung der Zusendung (Uebermittlung) und der Weiterbegebung der Factura? — D. Die Clausel „Das Eigenthum der Waare während des Transportes behalte ich mir vor"	12—18
§. 3. Geltung des Factureninhalts gegen den Verkäufer? — Rechtsgeschäftlicher Factureninhalt und Facturavermerke thatsächlicher Natur. — Der rechtsgeschäftliche Factureninhalt wird vom Verkäufer anerkannt; Anfechtbarkeit auf Grund des §. 876, nicht auf Grund des §. 1431 a. b. G. B.; die Clausel „S. E. et O." — Mittheilungen thatsächlicher Natur in der Factura enthalten ein außergerichtliches Geständniß des Verkäufers; §. 110 A. G. O., §§. 176 und 177 W. G. O., §. 114 A. G. O. und §. 182 W. G. O.	19—27
§. 4. Geltung des rechtsgeschäftlichen Factureninhalts gegen den Käufer? — Der Käufer, welcher die Waare behält oder über dieselbe disponirt, anerkennt den Factureninhalt nicht. — Rügepflicht bezüglich des Factureninhalts? — Das Schweigen als concludentes Handeln und als Grund einer Verschiebung der Beweislast	28—41
§. 5. (Analyse des rechtsgeschäftlichen Factureninhalts.) I. Beweist die unbeanstandete Annahme der Factura den Abschluß des Geschäfts? — II. Facturavermerke, durch welche die in der Sendung enthaltene Waare, die	

Digitized by Google

Seite

Summe des Kaufpreises und der dem Empfänger zur Last fallenden Nebenforderungen bezeichnet werden . . . . 42—57

§. 6. (Analyse des rechtsgeschäftlichen Factureninhalts.)

III. Clauseln, die einen Zahlungstermin angeben, welche des dem Käufer im Falle sofortiger (früherer) Zahlung zustehenden „Disconto" erwähnen, die sich auf die den Käufer eventuell treffenden Verzugszinsen beziehen. — IV. Clauseln, die dem Käufer bestimmte Zahlungsmanipulationen bzw. den bei Berichtigung des Kaufpreises durch Wechsel zu beobachtenden Vorgang vorschreiben. — Clauseln, welche den Käufer anweisen, den Kaufpreis nur dem Verkäufer oder eventuell nur an einen gehörig bzw. an einen in bestimmter Weise legitimirten Vertreter zu bezahlen. Clauseln, welche den Käufer anweisen, den facturirten Betrag einer bestimmten Person zu zahlen. — V. Clauseln, die sich auf die Transportgefahr überhaupt oder auf bestimmte Arten von Transportzufällen beziehen. — VI. Clauseln, welche Reclamationen ausschließen oder für Reclamationen einen Termin setzen. — Clauseln, die sich auf die Retournirung der Waare oder auf selbstgewählte Waare beziehen. — Die Clausel „Abgeschnittene Waare wird nicht zurückgenommen". — VII. Clauseln, durch welche dem Käufer freigestellt wird, Verpackungsmaterialien zurückzustellen. — Clauseln, in welchen erklärt wird, der Käufer werde im Falle der Nichtrückstellung von Verpackungsmaterialien eine Vergütung zu bezahlen haben.

Zusendung von Waare auf Grund einer Bestellung, die vorher nicht angenommen worden war . . . . . 58—85

§. 7. VIII. Angabe des Zahlungsortes.

A. Materiellrechtliche Bedeutung der einen Zahlungsort angebenden Facturavermerke. — B. Kann unter Berufung auf einen den Zahlungsort angebenden Facturavermerk die Zuständigkeit eines Gerichtes als forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. begründet werden? — Die herrschende Praxis. — Entwicklung und Begründung der abweichenden Auffassung. — Art. 420 der früheren rheinischen Civilproceßordnung und des §. 29 der deutschen Civilproceßordnung sowie die Spruchpraxis des Reichsoberlandesgerichts und des Reichsgerichts. — C. Betrachtung de lege ferenda 86—118

§. 8. IX. Prorogation des Summar- oder Bagatellverfahrens.

A. Kommt durch die unbeanstandete Annahme der einen Prorogationsvermerk enthaltenden Factura ein Proro-

Digitized by Google

Seite

gationsübereinkommen im Sinne des §. 6 des Hfd. vom 24. October 1845 Nr. 906 J. G. S. zu Stande? — B. Kommt durch die anstandslose Annahme der einen Prorogationsvermerk enthaltenden Factura ein Prorogationsübereinkommen im Sinne des §. 5 oder aber des §. 6 des Gesetzes vom 27. April 1873 R. G. Bl. Nr. 66 zu Stande? — Stellung der Praxis. — Begründung der von der herrschenden Praxis abweichenden Auffassung. — C. Betrachtung de lege ferenda . . . . . 119—138

§. 9. Vermag der Verkäufer unter Berufung auf die Factura zu beweisen, wann und wie er geliefert hat? — Quantität und Qualität der gelieferten Waare; Art und Zeit der Absendung . . . . . 139—141

§. 10. Die mit unbestellt zugesendeter Waare übermittelte Factura enthält ein Verkaufsoffert. — Consequenzen dieser juristischen Natur einer mit unbestellter Waare zugesendeten Factura. — Ist ein in einer anstandslos angenommenen Consignationsfactura enthaltener Prorogationsvermerk eventuell im Sinne des §. 5 bzw. des §. 6 B. V. rechtswirksam? — Zusendung bestellter und unbestellter Waare mit einer Factura . . . . . 142—151

Digitized by Google

Abkürzungen und Berichtigungen.

Die von Glaser und Unger begründete Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes ist mit Slg., die von Adler und Clemens herausgegebene Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuche ist mit Adler-Clemens citirt. Gellers Oesterreichisches Centralblatt für die juristische Praxis ist mit „Gellers Centralblatt", die Entscheidungen des früheren Leipziger Reichsoberhandelsgerichts sind nach der bekannten Sammlung mit „R. O. H. G.", die des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen (herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes) mit „R. G." angeführt. Die von Goldschmidt u. A. herausgegebene Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht ist mit „Goldschmidts Z. Schr.", Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allg. deutschen Handelsrechts ist mit „Buschs Archiv" citirt.

Auf S. 12 ist zu Anm. 1a hinzuzufügen: „Zudem findet der — richtiger Ansicht nach auch für Handelssachen geltende — §. 887 a. b. G. B. nur auf von beiden Parteien gefertigte Urkunden Anwendung. Vgl. Hasenöhrl, österr. Obligationsrecht I S. 629 Anm. 67, S. 630 fg."

S. 13 Anm. 3 Zeile 4 v. o. ist statt „unterscheidende" zu lesen „entscheidende".

S. 31. Anm. 8 Abs. 2 Eingangs Zeile 1—4 hat zu lauten: „Das im Texte Ausgeführte gilt auch dann, wenn der Verkäufer in einer in der Factura (oder in einem Begleitschreiben) enthaltenen Bemerkung erklärt hat, er sehe das Behalten der Waare seitens des Käufers als ein Zeichen seines Einverständnisses mit dem Factureninhalt bzw. einem bestimmten Facturavermerke (z. B. einer der oben S. 11 Anm. 26 erwähnten Prorogationsclauseln) an."

Digitized by Google

Der Ausdruck Factura (Factur)[1] kommt in unserem Handelsgesetzbuch nicht vor[2] und es sind daher zunächst die verschiedenen Bedeutungen zu constatiren, in welchen dieses Wort im Handelsverkehr gebraucht wird.

A. Factura heißt einmal die „namentlich unter Entfernten übliche Rechnung, welche — der Einkaufscommissionär dem Committenten und der Verkäufer dem Käufer über den wesentlichen Inhalt des Kaufgeschäfts zustellt" (Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts S. 787 fg.).

B. Factura nennt man aber auch die gelegentlich der Zusendung unbestellter Waaren vom Offerenten dem Oblaten übermittelte, die Bedingungen des proponirten Kaufantrages enthaltende Berechnung.

C. Endlich nennt man auch die über das Consignationsgut vom Verkaufscommittenten dem Verkaufscommissionär zugestellte, insbesondere das gesetzte Preislimito und die gewollten Zahlungsmodalitäten anführende Berechnung Factura[3] (Consignationsfactura).[4]

[1] Französisch facture, italienisch fattura, englisch invoice oder bill of parcels.

[2] Im deutschen Handelsgesetzbuch wird das Wort in den Artt. 731 und 888 gebraucht. — In dem alphabetisch geordneten Tarif zum Gebührengesetz heißt es „Facturen s. Rechnungen". Auch im §. 19 des Gesetzes vom 8. März 1876 Nr. 26 R. G. Bl. findet sich das Wort Factura nicht.

[3] Das Wort Factura stammt von „dem gleichlautenden lateinischen Wort, welches jedoch weder bei den Römern, noch im Mittelalter" in einem Sinne gebraucht wird, der an eine der angeführten Bezeichnungen erinnern würde (Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts S. 787 Anm. 1). Zu übersetzen wäre das Wort etwa mit „das angefertigte", „das Verzeichniß" (Goldschmidt a. a. O.). Vgl. auch Sonndorfer, Technik des Welthandels S. 379 Anm. „Factura = Einkaufsrechnung, von Factor, der

Digitized by Google

Facturen werden über Waaren, selten über Werthpapiere oder Geld ausgefertigt.[3]) Zur Bezeichnung einer im Detailverkehr (namentlich einem Consumenten) übermittelten Rechnung bedient man sich des Ausdrucks Factura gewöhnlich nicht.[4]) Die Factura wird regelmäßig vor oder gleichzeitig mit der Waare abgesendet und

---

Beauftragte oder Commissionär." (Aehnlich Rudolf Schiller, Theoretische und praktische Darstellung der Comptoirarbeiten, Wien 1884, 1. Heft, S. II. Anm. **, Schiebe, Contorwissenschaft, 3. Aufl., S. 6 fg.) Die Ausdrücke Factor und Commissionär sind aber keineswegs gleichbedeutend (vgl. Mittermaier, Deutsches Privatrecht §. 537, Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 9 und S. 64 Anm. 7 und die bei letzterem Schriftsteller angeführte Literatur), so daß ein sprachlicher Zusammenhang zwischen „Factor" und „Factura" nicht mit Sicherheit behauptet werden kann.

Vgl. zu dem in Texte bemerkten vor allem Goldschmidt a. a. O. S. 787 fg., ferner Mittermaier a. a. O. §. 565 III, Brinckmann, Handelsrecht §. 79, Endemann, Handelsrecht §. 78 V und in seinem Handbuch II S. 43 fg., Keyßner, Holtzendorffs Rechtslexicon Art. Factura, den Aufsatz „Ueber Facturenbeisätze" von E. Ehrlich, Wiener Juristische Blätter 1887 Nr. 31—33. — Vgl. auch Azuni, Dizionario della giurisprudenza mercantile (Livorno 1834) voce fattura („Dicesi fattura in commercio un conto, memoria, stato, o lista di più merci, che invia un commissionario al suo corrispondente, un negoziante ad un altro"), Pardessus, Cours de droit commercial No. 248 („On appelle ainsi [factures] des états detaillés indiquant la nature, quantité, qualité et prix de choses vendues, mises en depôt etc."), Delamarre et Le Poitvin, Traité de droit commercial (1861) I No. 158 („La facture est un état ou bref inventaire indiquant la nature, la qualité, la quantité par poids ou mesure et le prix de marchandises") VI No. 203. — Lehrreiche Mittheilungen aus älteren Rechtsquellen vgl. bei Goldschmidt a. a. O. Anm. 1.

[4]) Vgl. über die Consignationsfactura Goldschmidt a. a. O. S. 788 Anm. 3 sowie Schiebe a. a. O. S. 9 fg.

[5]) Rechnungen über Werthpapiere oder Geld nennt man „Nota" oder „Rechnung". Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 787 Anm. 2, Noback, Handelswissenschaft §. 244, Stern, Archiv für deutsches Wechselrecht VII, S. 33 Anm. 18.

[6]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 787 und Anm. 2 ebenda, Schiebe a. a. O. S. 13, Stern a. a. O., Porges, Handelscorrespondenz, Wien 1869, S. 363, v. Gautsch-Pöschl, Lehrbuch der Kaufmännischen Correspondenz, Wien 1884, S. 65, Leitfaden der Kaufmännischen Correspondenz, Wien 1884, S. 49. — Delamarre et Le Poitvin, a. a. O. VI Nr. 203, besprechen den Fall der Uebergabe der Factura von Hand zu Hand beim Verkehr „entre présents". Vgl. auch R. O. H. G. VIII Nr. 69 S. 275 fg.

Digitized by Google

kommt daher, wenn sie der Briefpost übergeben wurde, vor der Waare, jedenfalls aber spätestens mit der Waare dem Adressaten zu.[7]) Indeß wird die Factura nicht selten auch erst nach der Waare dem Adressaten übermittelt.[8]) Facturen nennt man im Handelsverkehr auch Urkunden, die das Wort „Factura" nicht enthalten, sondern z. B. die Benennung Nota oder Rechnung oder auch gar keine Bezeichnung tragen. Gegen die Qualification einer Urkunde als Factura (in einer der vorerwähnten Bedeutungen des Wortes) spricht also die bloße Thatsache, daß dieselbe nicht Factura genannt ist, nicht.

Die folgende Darstellung beschäftigt sich zunächst ausschließlich mit der wichtigsten Art von Facturen, nemlich mit der Factura des Verkäufers und des Einkaufscommissionärs. Erst am Schlusse (§. 10) wird in Kürze das Erforderliche über die mit unbestellter Waare übermittelte Factura, also über die Factura in der oben zu B erwähnten Bedeutung des Wortes, gesagt werden. Die Consignationsfactura enthält eine für den Verkaufscommissionär bestimmte Instruction des Verkaufscommittenten. Diese eigenartige Bedeutung der Consignationsfactura erfordert eine eingehende selbständige Untersuchung derselben, welche im Rahmen dieser Abhandlung nicht unternommen werden wird. Die Consignationsfactura bleibt also im folgenden gänzlich außer Betracht.[9])

Der Thatbestand, von welchem als dem normalen ich ausgehe, ist folgender: α) die Waare wird abgesendet, nicht blos

---

[7]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 789, Delamarre et Le Poitvin a. a. O. VI Nr. 203, Pardessus a. a. O. Nr. 248, Azuni a. a. O. voce fattura §. 5, Endemann in seinem Handbuch II S. 43, Näf, Kritische Ueberschau II S. 281 Anm. 2. Gewisse übliche Angaben in den Facturen, z. B. die des gewählten Transportmittels, werden namentlich dann aufgenommen, wenn die Factura dem Adressaten vor der Waare zukommt. (Vgl. hiezu unten S. 6 Anm. 3.) Bei dieser Sachlage hat dann auch die später zu besprechende Controverse, ob dem Empfang der Factura dingliche Wirkungen zukommen, vornehmlich praktische Bedeutung.

[8]) Vgl. Endemann in seinem Handbuch II S. 43 und die unten §. 4 Anm. 5 angeführten Erkenntnisse.

[9]) Eine beiläufige Bemerkung über die Consignationsfactura vgl. unten §. 10 Anm. 10.

Digitized by Google

bereit gehalten[10]), β) die Factura geht dem Adressaten spätestens mit der Waare zu, γ) die Factura wird nicht von Hand zu Hand übergeben, sondern dem Käufer bzw. Einkaufscommittenten zugesendet. Was in jenen Fällen gilt, in welchen eines der eben erwähnten Thatbestandsmomente fehlt, wird gelegentlich hervorzuheben sein.[11]) Die Bedeutung der Factura im See- und Versicherungsrecht (im Havereifalle und gegenüber dem Versicherer) sowie im Gebührenrecht wird im folgenden nicht in Betracht gezogen werden.

[10]) Es kommt nemlich vor, daß der Verkäufer die Waare nicht absendet, sondern z. B. in seinem Magazin zur Verfügung des Käufers hält. So finde ich in einer mir vorliegenden Factura die lithographirten Worte „Factura über nachstehende Waaren, auf Ihre Ordre, Rechnung und Gefahr" und hierauf statt der durchstrichenen lithographirten Worte „versandt mittelst" geschrieben „zu Ihrer Verfügung in unserem Magazin". (Aehnlich verhielt es sich in dem Goldschmidts Z. Schr. XII S. 252 fg. mitgetheilten Falle; es hieß: „Halte 1 Monat franco auf Lager". Vgl. auch den R. O. H. G. VIII Nr. 69 S. 276 fg. erzählten Sachverhalt.) Durfte der Verkäufer die Realisirung seiner Verpflichtung in dieser Weise einleiten, so wird die Zusendung der Factura Lieferungsverzug ausschließen und eventuell Empfangnahmeverzug des Käufers bewirken, insoferne also einer Realoblation gleichstehen.

[11]) Vgl. z. B. unten §. 4 Anm. 5, §. 5 Anm. 4, §. 7 Anm. 29.

Digitized by Google

§. 1.

Die Factura, eine in herkömmlicher, präciser und übersichtlicher Form[1]) abgefaßte Urkunde, hat vor allem den Zweck, den Käufer (Einkaufscommittenten) von der Ausführung des mit dem Verkäufer (Einkaufscommissionär)[2]) abgeschlossenen Geschäfts

---

[1]) Ueber diese Form vgl. die bei Goldschmidt a. a. O. S. 788 Anm. 2 mitgetheilten Beispiele, ferner die Formulare bei Schiebe a. a. O. S. 13—27, Porges a. a. O. S. 365 fg., v. Gautsch-Pöschl, Lehrbuch S. 65 fg., Leitfaden S. 51 fg., R. Schiller a. a. O. 1. Heft S. 15 fg. — Schiebe a. a. O. S. 6 fg. und R. Schiller a. a. O. nennen die Factura des Verkäufers uneigentliche Factura, die des Einkaufscommissionärs eigentliche Factura, Bezeichnungen, die mit der oben S. 1 Anm. 3 besprochenen Ableitung des Wortes Factura von Factor zusammenhängen.

Facturenbuch nennt man die „Zusammenstellung oder Copie der empfangenen Facturen" (Goldschmidt a. a. O. S. 788 Anm. 5). Häufig nennt man aber auch das die Abschriften der ausgegebenen Facturen enthaltende Buch Facturenbuch, so daß das Ausgangs-Facturenbuch (Verkaufsbuch) und das Eingangs-Facturenbuch (Einkaufsbuch) zu unterscheiden sind. Vgl. Azuni a. a. O. voce fattura §. 6, R. Schiller, Lehrbuch der Buchhaltung (1887) S. 76 fg.; vgl. auch Stern, Archiv für deutsches Wechselrecht VII S. 32. Im ersteren Sinne wird das Wort Facturenbuch z. B. gebraucht in den Erkenntnissen Adler-Clemens III Nr. 355 (O. G. H.), V Nr. 817 (H. G. und O. L. G.) und VI Nr. 1010 (H. G. und O. L. G.); an letzterwähnter Stelle ist von einem „Facturencopirbuch" die Rede und wird bezüglich desselben die Editionspflicht des Verkäufers bejaht, in den Erkenntnissen V Nr. 815 wird dagegen die Editionspflicht des Verkäufers in Abrede gestellt.

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Ausstellung der Factura, wie sie z. B. das spanische H. G. vom Jahre 1829 Art. 377 kannte und die Handelsgesetzbücher der meisten mittel- und südamerikanischen Staaten (vgl. z. B. Argentinien Art. 557, Brasilien Art. 219, Chile Art. 160) kennen, gibt es bei uns nicht.

[2]) Der Kürze wegen spreche ich im folgenden nur vom Verkäufer und Käufer sowie von der Factura des Ersteren. Etwaige Besonderheiten, die

Digitized by Google

(bzw. der dem letzteren zugegangenen Bestellung[2a]), von der Art dieser Ausführung[3]) sowie von der Höhe der beanspruchten Gegenleistung zu unterrichten.[4])

Diesem nächsten Zweck der Factura entspricht es, daß in der Factura regelmäßig folgender Punkte Erwähnung geschieht[5]): a) Die Factura enthält Ort und Datum der Ausstellung, b) den Namen (die Firma) des Verkäufers[6]), c) den Namen (die Firma) des Käufers[7]), d) die möglichst eingehende Bezeichnung nach Gattung, Art, Qualität und Quantität[8]), nebst etwaigen Mittheilungen über die Art der Verpackung (Emballage) und deren

---

für die in allen wesentlichen Punkten gleich zu behandelnde Factura des Einkaufscommissionärs gelten, werden an geeigneter Stelle hervorgehoben werden.

[2a]) Vgl. unten §. 5 Anm. 2.

[3]) Geht die Factura dem Käufer vor der Waare zu, so wird er eben auf Grund dieses Avisо häufig Anlaß nehmen, über die Waare zu disponiren und in der Lage sein, seine Interessen gegen Dritte, z. B. den Frachtführer, wahrzunehmen (Goldschmidt a. a. O. S. 789 und Anm. 8).

[4]) Die Darstellung im Text schließt sich zum Theil wörtlich an die Ausführung Goldschmidts a. a. O. S. 789 an.

[5]) Vgl. zum folgenden Goldschmidt a. a. O. S. 789 Anm. 2, Stern a. a. O. S. 33 fg. Anm. 18, v. Gautsch-Pöschl, Lehrbuch S. 65 fg., Azuni a. a. O. voce fattura §§. 2—5. Der wesentliche Factureninhalt wird kurz und richtig charakterisirt in dem Erk. des O. G. H. Adler-Clemens VI Nr. 1065 S. 453 und in dem Erk. 1. Inst. ebenda Nr. 1107 S. 555 (Slg. XXI Nr. 9599 S. 439).

[6]) Regelmäßig ist der betreffende Vermerk vorgedruckt. — Die Unterschrift des Verkäufers am Fuße der Factura pflegt außerdem namentlich dann gegeben zu werden, wenn die Factura nicht von einem Briefe des Verkäufers begleitet ist.

[7]) Sehr häufig folgt hierauf ein vorgedruckter Vermerk „Sandten Ihnen auf Ihre werthe Ordre, Rechnung und Gefahr" oder eine ähnliche Wendung.

[8]) Unter Umständen wird eine individuelle Bezeichnung möglich sein, z. B. die Angabe der Nummer der gelieferten Cassa. — Die Factura soll correcter Weise ausgestellt werden und wird herkömmlich erst ausgestellt über eine abgesendete, oder zur Versendung bereite, oder doch (in dem oben S. 4 Anm. 10 erwähnten Falle) wenigstens ausgesonderte Waare, also über eine specialisirte Waare. Mit Goldschmidt a. a. O. S. 789 ist daher zu sagen, die Factura laute stets über eine Species.

Digitized by Google

Marke, e) die gewählte Versendungsart[9]), sowie den Tag der Absendung[10]), f) die Summe des Kaufpreises nebst eventueller genauer Specificirung der Einzelposten, sowie die Angabe der Nebenforderungen, welche dem Käufer zur Last fallen.[11])

---

[9]) Hieher gehört die Angabe des Frachtführers (z. B. „mittelst Eisenbahn") oder aber eines Spediteurs.

[10]) Z. B. „Sandten — — am heutigen" (d. h. dem Tage des Datums der Factura).

[11]) In der Factura des Einkaufscommissionärs wird die Provision angegeben; angeführt werden ferner Versendungs- und Verpackungskosten, die dem Käufer zur Last fallen, vom Käufer zu vergütende Frachtbeträge. Hieher gehören auch Clauseln wie „franco bis X" oder „franco Bahnhof". In einer mir vorliegenden Factura theilt der Verkäufer dem Käufer den (an den Frachtführer zu leistenden) Betrag der Fracht pro Centner mit und fügt bei für die Sendung sei Zollfreischreibung in der Einbuchsstation angeordnet.

Was die Emballage, insbesondere das Verpackungsmaterial (Fustage; Fässer, Flaschen, Kisten, Säcke u. dgl.) betrifft, so wird häufig eine besondere Vergütung für dieselbe nicht berechnet. Dieß wird u. A. dadurch ausgedrückt, daß ein bestimmter Theil des Bruttogewichtes der Sendung als Tara bezeichnet und der Preis von dem Nettogewicht der Sendung berechnet wird. In anderen Fällen setzt der Verkäufer einen Preis für die Emballage in der Factura an. Es wird dann aber häufig in der Factura eine bestimmte Frist angegeben, innerhalb welcher das Verpackungsmaterial (z. B. also Fässer) zurückgenommen, also der für dasselbe angesetzte Betrag abgerechnet werden wird. Auch kommt es vor, daß für die Emballage ein besonderer Preisansatz in die Factura nicht aufgenommen, sondern die Vergütung für die Emballage in dem höheren Kaufpreise enthalten ist, zugleich aber dem Käufer das Recht eingeräumt wird (innerhalb einer bestimmten Frist oder auch ohne Fristsetzung), das Verpackungsmaterial — Flaschen, Fässer u. dgl. — dem Verkäufer gegen einen von diesem zu leistenden in der Factura angegebenen Preis zurückzugeben. Endlich kommt es vor, daß die Benützung des Verpackungsmateriales dem Käufer innerhalb einer bestimmten Frist kostenfrei, von da ab aber nur gegen eine bestimmte Vergütung, z. B. $^1/_7$ Kr. pro Sack und Tag, überlassen wird. Beispiele solcher auf die Emballage sich beziehenden Vermerke: „Leere Fässer werden nicht zurückgenommen", „Den angerechneten Betrag für die Säcke vergüte nur dann, wenn dieselben im Original binnen längstens 14 Tagen und franco retournirt werden". Vgl. auch R. O. H. G. I Nr. 28 S. 100 fg., Nr. 35 S. 127 und XIX Nr. 88 S. 307 fg. (insb. S. 306). Fernere Beispiele siehe bei R. Schiller, Theoretische und praktische Darstellung der Comptoirarbeiten, 2. Aufl. 1. Heft. (Vgl. etwa S. 7 und S. 40.)

Digitized by Google

Neben den eben erwähnten, dem Eingangs charakterisirten nächsten Zweck der Factura dienenden Angaben, enthalten Facturen häufig auch andere Vermerke der verschiedensten Art. Hieher gehören vor allem die mannigfaltigen auf die Zahlungsmodalitäten sich beziehenden theils vorgedruckten, theils geschriebenen Vermerke. — Im einzelnen sind zu nennen a) Vermerke, die sich auf den Zahlungstermin beziehen. In der Factura wird z. B. ausgesprochen, es werde sofortige Zahlung erwartet[12]), oder aber eine dem Käufer zustehende Zahlungsfrist hervorgehoben. Sehr häufig sind Vermerke, die der dem Käufer im Falle sofortiger Zahlung erwachsenden Vortheile erwähnen.[13]) b) Clauseln, in welchen erklärt wird, daß der Verkäufer Zahlung in einer bestimmten Währung (meistens der an dem Orte des Sitzes der Firma geltenden) wünsche. c) Clauseln, durch welche ein bestimmter Zahlungsort angegeben wird.[14]) d) Sehr häufig wünscht der Verkäufer Berichtigung des Kaufpreises mittelst Accepts des Käufers oder eines Dritten. Die Tratte,

[12]) Die Factura enthält etwa den Beisatz per comptant. Vgl. den der Entsch. des H. A. G. Nürnberg, Goldschmidts Z. Schr. IX S. 377 fg. zu Grunde liegenden Fall.

[13]) Der Verkäufer beschränkt sich manchmal darauf, den im Falle sofortiger oder baldiger Zahlung dem Käufer zustehenden „Sconto" zu erwähnen. Es heißt z. B. „Werth per comptant mit 2% Sconto" oder „p. Cassa 1½% Sconto innerhalb 14 Tagen dato Factura ab hier". In anderen Fällen wird eine Zahlungsfrist angegeben, für den Fall sofortiger Zahlung aber der zustehende „Sconto" hervorgehoben. Es heißt z. B. „Ziel 4 Monate oder bei Cassa 2% Sconto" oder „Ziel 4 Monate dato Factura oder per comptant 2% Sconto" oder „per Cassa mit 3% Sconto bis zum 12. Jänner oder per 3 Monate dato ohne Sconto". — Unter Umständen geschieht nur einer Zahlungsfrist (und nicht eines Rabatt bei sofortiger Zahlung) Erwähnung. Vgl. R. O. H. G. II Nr. 84 S. 377 fg. sowie den Goldschmidts Z.-Schr. XXIII S. 536 fg. mitgetheilten Fall. — In einer mir vorliegenden Factura specificirt der Verkäufer in einem geschriebenen Vermerk genau die Beträge der an den mit den Kalendertagen bezeichneten Terminen fälligen Raten des Kaufpreises und fügt bei „bei Terminsverlust". Vgl. auch den in den Wiener Juristischen Blättern 1890 S. 312 fg. mitgetheilten Fall und hiezu unten §. 6 Anm. 3.

[14]) Z. B. also „Zahlbar in Wien in österr. Währung". — Beiläufig bemerke ich, daß keiner der oben S. 6 Anm. 5 citirten Schriftsteller der Angabe des Zahlungsortes als Bestandtheiles der Factura erwähnt.

Digitized by Google

die der Käufer acceptirt zurücksenden soll, wird manchmal mitgesendet und eine entsprechende Instruction auf der Factura vermerkt oder in einem Begleitschreiben ertheilt.[15]) Eventuell fügt der Verkäufer dann auch noch bei „Bedingt acceptirte, oder corrigirte Wechsel werden nicht angenommen." „Beigelegte Tratten, welche nicht acceptirt worden sind, sind zu retourniren" oder „Für Wechsel auf Nebenplätze übernehmen wir keine Verbindlichkeit wegen Protest oder Verspätung."[16]) e) Manchmal gibt der Verkäufer in der Factura an, wie die Geldsendung gewünscht wird[17]); er verlangt z. B. Berichtigung des Kaufpreises durch Postanweisung[18]) oder durch Checks des Postsparcassenamtes[19]) oder mittelst beigelegten Erlagscheines des Postsparcassenamtes. f) Der Verkäufer gibt wohl auch an, Zahlungen seien nur an ihn, oder Zahlungen seien an Dritte

[15]) Es heißt z. B. „gegen meine 6monatliche Tratte" oder „per comptant mit 3% Sconto" oder „Netto in 3monatlichen Wechseln auf Bankplätze" oder „2% Sconto für Cassa". In einer Factura finde ich folgenden Vermerk: „Vereinbarte Conditionen gegen Accept müssen wir längstens innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Waare im Besitze des Accepts sein, sonst ist der Empfänger verpflichtet, den Facturenbetrag innerhalb 30 Tagen baar zu bezahlen. — Ueber fällige offene Posten behalten wir uns vor, gegen vorherige Anzeige Tratten in Curs zu setzen und betrachten ein Stillschweigen über unsere Anzeige vollkommen einverstanden und fallen in dem Falle Kosten und Protestspesen zu Lasten des Bezogenen". — Oder es heißt: „Accepte sind innerhalb 14 Tagen nach Erhalt der Factura unter recomm. Couvert an uns einzusenden und auf den Eingang unserer Empfangsanzeige zu warten". „Alle Correspondenzen und Rimessen nach H (nicht nach N)". — In dem Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 534 fg. mitgetheilten Falle sollte der Kaufpreis durch „Tratten 1 Monat a dato der Factura" berichtigt werden.

[16]) Vgl. R. O. H. G. XVII Nr. 58 S. 273 fg. und dazu unten §. 6 Anm. 9.

[17]) Es heißt z. B.: „Porto zu unseren Lasten abzuziehen"; in anderen Fällen erbittet sich umgekehrt der Verkäufer Geldsendungen franco, „da wir sonst beanspruchtes Porto in Rechnung stellen".

[18]) Z. B.: „Beträge unter 100 fl. bitte ich mir mittelst Postanweisung einzusenden" (Adler-Clemens VI Nr. 952 [auch Slg. XIX Nr. 8290]) oder „Geldsendungen erbitte franco und zwar bis zu 150 fl. mittelst Postanweisung".

[19]) Zu diesem Behufe wird die Nummer des Verkäufers im Clearingverkehr beigesetzt.

Digitized by Google

nur unter bestimmten Voraussetzungen zu leisten[20]); andererseits findet sich auch der Vermerk, es möge nur an eine bestimmte dritte Person gezahlt werden.[21])

Endlich wären etwa noch folgende Arten von Facturavermerken zu nennen. 1. Es kommt vor, daß in der Factura vermerkt wird, wie viel Percent Zinsen (Verzugszinsen) der Verkäufer bei Ueberschreitung des Verfalltages zu berechnen willens sei. 2. Der Verkäufer erklärt in der Factura, er behalte sich das Eigenthumsrecht an der Waare während des Transportes vor. 3. Der Verkäufer lehnt entweder jede etwaige künftige „Reclamation" des Käufers, oder bestimmte Arten von „Reclamationen" (z. B. gegen die Beschaffenheit der Waare, das Gewicht derselben u. dgl.) ab oder setzt für jede bzw. gewisse Reclamationen einen in der Regel kurz bemessenen Termin.[22]) 4. Der Verkäufer lehnt die Haftung für die Transportgefahren entweder in einer ganz allgemein gefaßten oder aber in einer specieller und ausführlicher redigirten Clausel ab.[23]) 5. Der

[20]) Z. B.: sowie „Baarbeträge, Accepte und Rimessen sind nur direct an die Niederlage zu leisten" oder „Zahlungen bitte ich mir hier oder an dritte Personen aber nur gegen meine avisirten Anweisungen zu leisten" oder „Werthe dürfen nur an meine Adresse gerichtet oder an den von mir mit Vollmacht zum Empfang versehenen Reisenden gezahlt werden" oder „Zahlungen bitten wir nur unserem hiezu Bevollmächtigten zu leisten".

[21]) In mehreren Facturen finde ich vermerkt, Zahlungen seien an die Creditanstalt in Wien zu leisten, in einer anderen eine Wiener Firma in dieser Weise namhaft gemacht.

[22]) Ich nenne folgende Beispiele: „Reclamationen können nur innerhalb 14 Tagen (8 Tagen, 3 Tagen, 2 Tagen) nach Empfang der Waare (oder nach Abgang der Waare) berücksichtigt werden"; „Reclamationen werden nur sogleich nach Erhalt der Waare, wenn selbe selbst gewählt, gar nicht berücksichtigt"; „Reclamationen über Abgänge sind binnen 48 Stunden einzubringen, da sonst keine Berücksichtigung mehr stattfinden kann"; „Reclamationen bezüglich Gewichtsdifferenzen muß ich unbedingt zurückweisen. Andere Bemängelungen berücksichtige ich nur dann, wenn dieselben unmittelbar bei Empfang der Waare erhoben werden"; „Reclamationen finden nur dann Berücksichtigung, wenn sie binnen 3 Tagen gemacht und von mir anerkannt werden". — Nach R. O. H. G. I Nr. 23 S. 88 Anm. * lautete eine derartige Clausel in einer französischen Factura, jede Reclamation müsse spätestens innerhalb 24 Stunden „représentée" sein.

[23]) Daß der Transport auf Gefahr des Käufers gehe, drückt die oben

Digitized by Google

Verkäufer empfiehlt die Beobachtung gewisser Vorsichtsmaßregeln bei Abnahme der Waaren vom Transporteur.[24]) 6. Der Verkäufer verwahrt sich gegen ein etwaiges Ansinnen des Käufers, die Waare zurückzunehmen bzw. gegen deren Retournirung, oder aber er erklärt Retourwaaren nur unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen.[25]) 7. Endlich sind zu nennen die neuestens in Oesterreich häufig vorkommenden Clauseln, durch welche ausgedrückt wird, daß ein etwaiger Rechtsstreit mit dem Käufer in einer bestimmten „Verfahrensart" namentlich im Bagatellverfahren oder in dem sogenannten summarischen Verfahren durchgeführt werden soll.[26])

S. 6 Anm. 7 erwähnte Clausel aus. Weitere Beispiele: „Für Verwechslungen oder Beschädigungen der Waaren auf dem Transport wird von uns kein Ersatz geleistet" oder „Für Beschädigungen und Verwechslungen während des Transportes sowie für verspätetes Eintreffen der Waare übernehmen wir keinerlei Verantwortlichkeit".

[24]) Z. B.: „Angekommene Sendungen belieben Sie nur bahnämtlich gewogen zu übernehmen, indem wir für etwaige Abgänge nicht aufkommen können" oder „Der Empfänger hat vor Uebernahme der Waare zu untersuchen, ob selbe in gutem Zustande angelangt ist. Im Falle einer Beschädigung oder Verwechslung hat derselbe von der Transport-Unternehmung den erlittenen Schaden vor Uebernahme der Waare auf dem Frachtbriefe selbst bestätigen zu lassen".

[25]) Z. B.: „Selbstgewählte Waare wird nicht zurückgenommen, eingesandte nur binnen 8 Tagen" oder „Selbstgewählte oder abgeschnittene Waare wird nicht zurückgenommen", „Retourwaaren werden nur binnen 14 Tagen nach Erhalt angenommen" oder „Retourwaaren werden ohne vorherige Genehmigung nicht angenommen" (R. O. H. G. VI Nr. 13 S. 77).

[26]) Z. B.: „In Klagefällen unterwerfen sich beide Theile dem Wiener Bagatellgerichte in Handelssachen", „Bei Streitfällen bis zum Betrag von 500 fl. unterwerfen sich beide Theile dem Bagatellverfahren", „Der Annehmer der Factura (oder ‚der Adressat der Factura') unterwirft sich dem Bagatellverfahren in Wien" [In einer mir vorliegenden Factura fügt der Verkäufer bei „Das Behalten der Factura sehe ich als ein Zeichen Ihres Einverständnisses an"], „Im Falle einer Streitführung unterwirft sich der Schuldner dem k. k. Bagatellgerichte in Handelssachen in Wien", „Bei Streitigkeiten bis zum Betrage von 500 fl. unterwerfen sich beide Theile dem Bagatellverfahren und bei Streitigkeiten über 500 fl. dem Summarverfahren". — In einer Factura fand ich auch: „Annehmer der Factura unterwirft sich je nach unserer Wahl dem k. k. Handelsgerichte oder Bagatellgerichte in Wien".

Digitized by Google

§. 2.

Wir gehen nunmehr zur Erörterung der juristischen Natur und der rechtlichen Bedeutung der Factura im Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer über.

A. Die Factura ist trotz der möglichen Mannigfaltigkeit ihres Inhalts jedenfalls eine Rechnung.[1]) Die Rechtssätze des Handelsgesetzbuchs über Rechnungen gelten daher auch für Facturen.[1a]) Die Uebersendung der Factura gilt also „für sich allein nicht als Mahnung" (Art. 288 Abs. 2); hieraus folgt, daß der Tag der Ausstellung bzw. des Empfanges der Factura für die Beantwortung der Frage, von welchem Zeitpunkte an der facturirte Kaufpreis zu verzinsen ist, an sich irrelevant ist.[2]) Hat der Käufer die Factura als richtig anerkannt, so ist ihm hiemit die Möglichkeit der Anfechtung der Anerkennung wegen „eines Irrthums oder eines Betruges" in der Factura nicht benommen (Art. 294); d. h. die Anerkennung der Factura „schlechthin enthält keinen Verzicht auf Geltendmachung der

---

[1]) Der Einkaufscommissionär kann durch Uebersendung der Factura seiner Anzeigepflicht und zugleich seiner Pflicht zur Rechenschaftslegung genügen. Vgl. über diese durch Art. 361 H.G. normirten Pflichten des Commissionärs Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 152 fg. und S. 233 fg.

[1a]) Da die Factura eine Rechnung und nicht eine über einen Vertrag errichtete Urkunde ist, so hat gegenüber einer Factura §. 887 a. b. G.B. außer Betracht zu bleiben.

[2]) Unbegründet ist es, wenn das H.A.G. Nürnberg, C.O.N.F. II S. 214 fg. den Tag der Versendung der Factura und das R.O.H.G. II Nr. 88 S. 377 fg. den Tag der Versendung der Waare als den grundsätzlich für den Beginn des Zinsenlaufes maßgebenden Zeitpunkt ansieht. Richtig dagegen Goldschmidt a. a. O. S. 789 Anm. 10.

Digitized by Google

auf Irrthum oder Betrug des Rechnungsstellers (Verkäufers) beruhenden Unrichtigkeiten der Rechnung" (v. Hahn II S. 118 §. 2 zu Art. 294).[3]) Endlich würde der Ueberbringer der Waare und einer unquittirten Factura deshalb noch nicht für ermächtigt gelten, „die Zahlung zu empfangen" (Art. 51).

B. Wenn der Käufer die facturirte Waare weiter veräußert, so stellt er seinem Abnehmer nicht etwa die ihm vom Verkäufer übermittelte Factura zu, sondern er fertigt eine neue Factura aus. Bei uns ist also die Factura nicht Circulationspapier.[4]) An Ordre oder auf den Inhaber lautend kann die Factura in Oesterreich rechtswirksam nicht ausgestellt werden.[5]) Da die Factura „die Waare als Gegenstand eines auf Liefe-

---

[3]) Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer seinen — bei Anerkennung der Rechnung unterlaufenen — Irrthum geltend zu machen in der Lage ist, bezieht sich Art. 294 nicht. Vgl. über diese nach allgemeinen Grundsätzen zu unterscheidende Frage unten §. 4 S. 28 fg. zu A, ferner v. Hahn II S. 119 Abs. 2 v. o. (zu Art. 294). Ferner ist zu beachten, daß durch den Art. 294 keineswegs ausgeschlossen ist, daß auch der Rechnungssteller (Verkäufer) „unter Umständen einen in der von ihm gestellten Rechnung untergelaufenen Irrthum geltend machen kann" v. Hahn II S. 319 Abs. 3 v. o. zu Art. 294). Vgl. hiezu unten §. 3 Anm. 4 und 5. Unrichtigkeiten, die Art. 294 im Auge hat, „sind insbesondere die eigentlichen Rechenfehler, der mehrmalige Ansatz eines Postens, die Auslassung einer empfangenen Zahlung, oder auch der zu hohe und zu niedrige Ansatz eines einzelnen Postens" (v. Hahn II S. 118 §. 2 zu Art. 294). — Ueber die Entstehungsgeschichte des Art. 294 vgl. v. Hahn a. a. O. Anm. 4.

[4]) Auch außerhalb Oesterreichs ist die Uebertragung von Facturen ungewöhnlich. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 790 („die Factura pflegt kein Circulationspapier zu sein, da es der Sitte und dem Interesse [des Empfängers der Factura] widerstreitet, seine Geschäftsbeziehungen und Geschäftsbedingungen dritten Erwerbern darzulegen"); vgl. auch Endemann, §. 78 V und in seinem H. B. II S. 43 fg.

[5]) D. h. eine solche Factura wäre nicht Inhaber- bzw. Ordrepapier. Vgl. Hasenöhrl, öst. Obligationenrecht II S. 33 fg., S. 88, Brunner, Endemanns H. B. II S. 190, S. 193 fg. — In Frankreich können Facturen rechtswirksam die Inhaber- und die Ordreclausel enthalten. Vgl. Pardessus Cours Nr. 248, Nr. 313, Nr. 510, Delamarre et Le Poitvin a. a. O. V Nr. 45 und sonstige Citate bei Goldschmidt a. a. O. S. 790 Anm. 15. Auch Wilda, Weiskes Rechtslexikon VI S. 52 bemerkt, daß Facturen „zuweilen auf Ordre und selbst au porteur gestellt werden."

Digitized by Google

rung gerichteten Rechtsgeschäftes zwischen Aussteller und Nehmer der Urkunde" bezeichnet, so gehört dieselbe zu den sogenannten Lieferungspapieren.[6])

C. Dingliche Wirkung hat die Zusendung (oder sonstige Uebermittlung) der Factura seitens des Verkäufers an den Käufer nicht. Der Käufer wird dadurch allein, daß er die Factura erhält, nicht Eigenthümer der Waare. Die Behauptung, der Käufer sei Eigenthümer der facturirten Waare geworden, muß durch andere Thatsachen begründet werden.[7]) Die Factura bescheinigt nicht, daß der Verkäufer Eigenthümer der Waare geworden sei, beweist nicht, daß der Verkäufer Besitz an der facturirten Waare erworben habe; die Factura beweist aber auch nicht einen Eigenthumstitel des Verkäufers oder auch nur einen Anspruch auf Herausgabe der Waare, der dem Verkäufer gegen einen Dritten zustünde. Die Factura ist daher nicht eine Urkunde, deren Uebergabe bzw. Zusendung eine sogenannte symbolische Tradition zu bewirken vermöchte.[8])

[6]) Goldschmidt a. a. O. S. 786, Endemann, H. R. §. 78 V und in seinem Handbuch II S. 43 fg. — Die sog. Kaufbriefe sind Verpflichtungsurkunden des Ausstellers; Kaufbriefe gehören ebenso wie die Schlußzettel zu den Lieferungspapieren. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 789 und S. 793 fg., Endemann a. a. O.

[7]) In der Mehrzahl der Fälle wird für die Frage des Eigenthumserwerbes des Käufers der §. 429 a. b. G. B. die maßgebende Norm bilden.

[8]) Daß die Uebergabe der Factura den Käufer nicht zum Eigenthümer der facturirten Waare mache, anerkennt die Plenarentscheidung des O. G. H. Allg. öst. Gerichtszeitung 1871 Nr. 74 (Notariatszeitung 1872 Nr. 51). Ebenso entscheidet die Frage Randa, Besitz 1. Aufl. S. 126, 2. Aufl. S. 323 Anm. 36. [In der dritten Auflage des eben genannten Werkes S. 361 und in seinem Eigenthumsrecht S. 287 sagt Randa, taugliche Traditionsinstrumente seien unter Anderem auch „Facturen und saldirte Verkaufsrechnungen, soweit diese Urkunden das Eigenthum oder doch den Eigenthumstitel des Tradenten nachweisen". (Vgl. auch Randa, Eigenthumsrecht S. 289.) Damit ist aber nur der später zu erwähnende Fall gemeint, daß der Käufer durch Uebergabe der Factura das Eigenthum an der facturirten Waare weiter übertragen will.] Vgl. auch die Entscheidung des O. G. H., Gerichtshalle 1857 Nr. 3, wo es heißt, die Uebergabe der Verpfändungsurkunde könne nicht als Pfandrechtseinräumung angesehen werden.

In den in der Allg. öst. Gerichtszeitung 1856 Nr. 56 mitgetheilten (Slg. I

Digitized by Google

Wohl aber vermag der Käufer durch Producirung der Factura einen Eigenthumstitel bezüglich der facturirten Waare zu er-

---

Nr. 163 lediglich citirten) Erkenntnissen haben das O. L. G. Wien und der O. G. H. die Ansicht acceptirt, daß die Uebergabe der Facturen für den Eigenthumserwerb des Käufers nach §. 427 a. b. G. B. genüge. Diese Anschauung theilt auch Fischer-Blodig, Lehrbuch des österr. Handelsrechts §. 241 Anm. 5 und §. 258. (An letzterem Orte wird ausgeführt, daß der Einkaufscommittent durch den Empfang der Factura Eigenthümer des Commissionsgutes werde.) Ferner ist zu erwähnen, daß das O. L. G. Wien Slg. XI Nr. 4938 und der O. G. H. ebenda V Nr. 2547 in der Uebergabe der über das Kaufgeschäft errichteten Urkunde seitens des Verkäufers an den Käufer eine symbolische Tradition erblicken.

Bezüglich der Frage, welche Urkunden im Sinne des §. 427 a. b. G. B. als taugliche Traditionsinstrumente anzusehen seien, sind die Meinungen bekanntlich sehr getheilt. Während Randa, Besitz 1. Aufl. S. 126 und die älteren Commentatoren, z. B. v. Stubenrauch 1. Aufl. I S. 811 verlangen, daß die Urkunde das Eigenthum des Uebergebers ausweise, ist nach Krainz-Pfaff I S. 470 eine Urkunde hinreichend, die den Besitzerwerb des Uebergebers nachweist. Exner, Tradition S. 182 fg. rechnet zu den Urkunden, welche nach §. 427 taugliche Traditionsinstrumente sind, „1. Urkunden, welche den Beweis enthalten, daß der Geber Eigenthümer der betreffenden Sache geworden sei", „2. Die sog. Erwerbstitel", endlich 3. auch „Urkunden, aus welchen wenigstens das Eine hervorgeht, daß ein dritter Inhaber der Sache zur Herausgabe derselben an den Geber verpflichtet ist" (z. B. also auch Frachtbriefe); Randa, Besitz 2. Aufl. S. 323 sagt, daß „nur Urkunden, welche das Eigenthum oder doch mindestens den Eigenthumstitel [des Tradenten] darthun, zur Tradition für hinlänglich erachtet werden", nicht aber Urkunden, aus welchen lediglich eine obligatorische Verpflichtung zur Herausgabe der Sache folgt. An dieser Auffassung hält Randa in der 3. Auflage seines Werkes über den Besitz S. 360 fg. und Eigenthumsrecht S. 286 fg. fest; für diese Ansicht haben sich u. A. ferner ausgesprochen Schuster und Schreiber in der 5. Auflage von v. Stubenrauchs Commentar und D. Ullmann, Mittheilungen des Prager deutschen Juristenvereines XIII S. 33. — Für den im Texte aufgestellten Satz ist es übrigens irrelevant, welcher der eben aufgezählten Ansichten man sich anschließt. — In der älteren Litteratur haben z. B. Fischer, Z. Schr. für österr. Rechtsg. 1827 II S. 312 fg. und Winiwarter II S. 200 die Auffassung vertreten, daß §. 427 sich auch auf Urkunden, die bloß den Eigenthumstitel des Empfängers bescheinigen, beziehe. Von diesem Standpunkte aus, den in der neueren Literatur Niemand mehr theilt, wären denn allerdings auch Facturen Urkunden, durch deren Uebergabe der Käufer Eigenthum erwerben könnte.

Digitized by Google

weisen und darum wäre der Käufer allerdings in der Lage, durch Uebergabe der Factura einem Dritten das Eigenthumsrecht an der Waare zu übertragen.[9])

D. Der Verkäufer bleibt so lange Eigenthümer der dem Käufer zugesendeten Waare, bis dieser die Waare erhält, es wäre denn, daß der Käufer „die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte" (§. 429 a. b. G. B.).[10]) Es fragt

---

[9]) Vgl. den in der vorigen Anm. citirten Satz aus Randa, Besitz 3. Aufl. S. 361 und Eigenthumsrecht S. 287, Exner, Tradition S. 180 Anm. 83, v. Stubenrauch, österr. Privathandelsrecht §. 104. — Da, wie oben zu Anm. 4 bemerkt wurde, der Käufer, wenn er die Waare weiter veräußert, eine neue Factura ausfertigt und kaum jemals die Factura, die er vom Verkäufer erhalten hat, seinem Abnehmer übergeben wird, so dürfte der im Text erwähnte Fall einer symbolischen Tradition mittelst Factura außerordentlich selten vorkommen. (Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 791 Anm. 18 Z. 10 u. 11 v. u.) Insoferne aber einmal vermittelst der Factura Eigenthum übertragen wird, dann liegt zugleich auch Besitzübertragung vor. M. E. ist an diesem — in der älteren österreichischen Doctrin bezüglich der symbolischen Tradition allgemein gelehrten — Satze mit Randa, Besitz 1. Aufl. S. 125 fg., 2. Aufl. S. 322, 3. Aufl. S. 358 fg., Strohal, Wiener Juristische Blätter 1881 S. 26 fg. (vgl. auch Strohal, Succession in den Besitz S. 204), Krainz-Pfaff I S. 470 gegen Exner, Tradition S. 174 fg. und Burckhard, System III S. 45 festzuhalten.

Nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre knüpfen sich dingliche Wirkungen weder an den Empfang der Factura (seitens des Käufers), noch an deren Weiterübertragung. Vgl. Motive zum preuß. Entwurf des H. G., Prot. zum H. G. S. 1458 und S. 4020, Brinckmann, H. R. §. 79, Keyßner in Holtzendorffs Rechtslexicon (Art. Factura), vor allem aber Goldschmidt a. a. O. S. 791 fg., ebenda Anm. 21 sowie die ebenda Anm. 18 angeführte Literatur. — Neuestens behandelt aber Endemann in seinem H. B. II S. 43 fg. die Frage für das gemeine Recht ebenso, wie dieß im Text für das österreichische Recht geschehen ist. — Goldschmidt a. a. O., gibt auch eine vortreffliche und erschöpfende Darstellung der Behandlung unserer Frage in der französischen Literatur. — Ueber die gemeinrechtliche traditio per instrumentum vgl. insbesondere auch Strohals lehrreiche Ausführung in dessen „Succession in den Besitz" S. 206 fg.

[10]) Auf die bekannte Controverse, ob in dem im Schlußsatze des §. 429 a. b. G. B. erwähnten Falle der Uebernehmer zugleich mit dem Eigenthum Besitz erwerbe oder nicht und wie dieser Besitzerwerb eventuell zu construiren sei, braucht hier nicht eingegangen zu werden. (Besitzerwerb

Digitized by Google

sich nun, ob der Verkäufer in einem Falle, in welchem im Sinne des §. 429 a. b. G. B. das Eigenthum an der Waare während des Transportes dem Käufer zusteht, den Eigenthumsübergang auf den Käufer dadurch hindern kann, daß er in die Factura die oben S. 10 erwähnte Clausel aufnimmt: „Das Eigenthum während des Transportes behalte ich mir vor." M. E. ist diese Frage zu verneinen und die erwähnte Clausel daher wirkungslos. Denn bei dem durch Zusendung sich vollziehenden Detentionsübergang verkehren die Parteien überhaupt nicht mit einander, sondern der Verkäufer übergibt die Waare dem dritten Transporteur und von diesem übernimmt dieselbe der Käufer.[11]) Eine vom Verkäufer an den Käufer adressirte (für diesen bestimmte) Erklärung kann daher eine von Rechtswegen an die Uebergabe der Waare seitens des Verkäufers an den Transporteur sich knüpfende dingliche Wirkung unmöglich alteriren.[12]) Darum wäre es unrichtig, in unserem Falle den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer für die Dauer des Transportes auf Grund der Argumentation zu negiren, der Verkäufer habe, indem er den erwähnten Vermerk in die Factura aufnahm, dem Käufer gegenüber für diesen

---

nehmen von neueren Schriftstellern an Randa, Besitz 1. Aufl. S. 2 fg., S. 129, S. 202, 2. Aufl. S. 4, S. 329 fg., 3. Aufl. S. 4, S. 366 fg., Eigenthum S. 294 fg., Krainz-Pfaff I S. 165; abweichend dagegen Exner, Tradition S. 146 fg. und Burckhard, System III S. 46.) — Ueber den Erwerb des Eigenthums an zugesendeten Waaren nach gemeinem Recht vgl. Hanausek a. a. O. II S. 106 fg. und die daselbst angeführte Literatur.

[11]) Ueber die charakteristischen Eigenthümlichkeiten des Erfüllungsmodus der Zusendung vgl. Hanausek a. a. O. I S. 116 fg., II S. 111 fg. Sollte der Zusendung ausnahmsweise eine Tradition inter praesentes vorausgegangen sein (vgl. Hanausek a. a. O. I S. 243 fg., II S. 109 und Anm. 3 ebenda), so ist die im Text besprochene Frage gegenstandslos.

[12]) Ein Thatbestand, mit welchem von Rechtswegen ein dinglicher Effect verknüpft ist, kann durch eine seitens eines der Betheiligten abgegebene Erklärung sicherlich dann nicht diese seine Wirkung verlieren, wenn der Adressat der Erklärung nicht die Person ist, gegenüber welcher der mit dinglichem Effect ausgestattete Act gesetzt wird.

Digitized by Google

Zeitraum das Fehlen des animus dominii transferendi erklärt.[13])

[13]) Behufs Beurtheilung der Wirksamkeit der im Texte erwähnten Clausel braucht daher auf die Erörterung der Frage, ob der rechtsgeschäftliche Factureninhalt (vgl. unten S. 19 Anm. 2) durch das Stillschweigen des Käufers zur lex contractus werde oder nicht, gar nicht eingegangen zu werden. Auch wer — wie wir später sehen werden, mit Unrecht — in dem Schweigen des Käufers ohne weiteres ein Einverständniß desselben mit dem gesammten rechtsgeschäftlichen Factureninhalt zu erblicken geneigt ist, wird einem in der Factura enthaltenen Eigenthumsvorbehalte der erwähnten Art Wirksamkeit absprechen müssen.

Digitized by Google

§. 3.

Im Folgenden beschäftigen wir uns mit der Frage, ob und in welchem Sinne der (die Factura ausstellende) Verkäufer den Factureninhalt gegen sich gelten lassen muß.

Die Factura enthält, wie sich aus dem in §. 1 Ausgeführten ergibt, a) häufig die Angabe, die facturirte Waare sei von dem Empfänger bestellt worden[1]), b) Angaben (Vermerke, Clauseln), die sich auf das rechtsgeschäftliche Verhältniß zwischen Aussteller und Empfänger der Factura beziehen. Manchen dieser Angaben kommt lediglich rechtsgeschäftliche Bedeutung zu; so z. B. der Angabe des Kaufpreises, dem Vermerk des Zahlungsortes. Andere dieser Vermerke haben, insoferne sie Thatsachen, die die Sendung betreffen, angeben, auch die Bedeutung thatsächlicher Mittheilungen; so z. B. die Angabe der Quantität und Qualität der zugesendeten Waare.[2]) c) Endlich enthält die Factura auch rein thatsächliche Mittheilungen, so z. B. die Angabe des Transportmittels, des Tages der Absendung.

Den zu a und b erwähnten Angaben (den rechtsgeschäftlichen Bestandtheilen) der Factura kommt die Bedeutung von anerkennenden Erklärungen zu, die Factura ist also insoweit

---

[1]) Vgl. oben S. 6 Anm. 7.

[2]) Der Verkäufer, der in der Factura angibt, er habe auf Ordre des Käufers 1000 Centner Kaffee abgesendet, erklärt einerseits, daß 1000 Centner Kaffee bestellt waren, andererseits, daß die Sendung 1000 Centner Kaffee enthielt. — Die Facturaangaben, die entweder nur oder auch rechtsgeschäftliche Bedeutung haben, bilden den rechtsgeschäftlichen Factureninhalt; eine genauere Analyse dieses rechtsgeschäftlichen Factureninhalts wird in den §§. 4 fg. zu geben sein.

Digitized by Google

Anerkennungsurkunde des Verkäufers.[3]) Der Verkäufer vermag einen derartigen Facturavermerk daher nur nach den für die Anfechtung einer Anerkennung geltenden Regeln, nach österreichischem Rechte also nur nach §. 876 a. b. G. B., zu bestreiten.[4]) Selbst irrthümlich gemachte Facturavermerke rechts-

[3]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 789 und oben S. 13 Anm. 3, R. O. H. G. XI Nr. 39 S. 107 („Endlich ist noch hervorzuheben, daß Beklagter selbst die klägerische Auffassung des Vertrags durch seine Factura als richtig anerkannt hat. Indem er der Klägerin Factura schickte, erklärte er sich auf's Deutlichste über die Höhe des Kaufpreises, welche er für die bestellte Waare zu fordern hätte"), St. G. I Frankfurt a. M. Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 253 [Buschs Archiv X S. 423]. (Die Factura enthielt die vorgedruckte Bemerkung: „Reclamationen, später als acht Tage nach Empfang der Waare, werden nicht mehr angenommen"; die Reclamation erfolgte am siebenten Tage; das St. G. findet, diese Reclamation sei mit Rücksicht auf den Facturavermerk keinesfalls verspätet), O. G. H. Wien, Adler-Clemens V Nr. 825 S. 105 („Da jedoch in der Factura — für das Gebinde kein ziffermäßig bestimmter Pauschalbetrag, sondern ein nach dem Maßstabe von — per Eimer zu berechnender Preis in Anspruch genommen wurde, so kann Kläger (Verkäufer) auch nur den nach diesem Maßstabe entfallenden Kaufpreis begehren"). — Auch das Fehlen einer sonst allgemein üblichen Clausel (z. B. des Vermerkes, daß auf Gefahr des Käufers versendet werde) kann den Schluß berechtigt erscheinen lassen, daß der Verkäufer eine dem Käufer günstige Auffassung des Vertragsinhalts anerkannt habe. Vgl. R. O. H. G. VI Nr. 20 S. 106. — Vgl. auch Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 63 fg. Anm. 30, sowie Archiv für prakt. R. W. N. F. IV S. 422 fg.

[4]) Die im Texte berührte Frage kann z. B. in folgenden Fällen praktisch werden: Der Verkäufer hat irrthümlich in der Factura den Vermerk „per Cassa 5% Sconto" (statt der vereinbarten 3% Sconto) aufgenommen, oder er hat irrthümlich „6 Monate Ziel" (statt „4 Monate Ziel") geschrieben, oder er hat sich in den Preisansätzen zu seinem Nachtheil geirrt. — Ein bloßer Rechenfehler ist für Jedermann und also auch für den Käufer erkennbar und fällt eben darum nicht dem Verkäufer zur Last.

§. 876 a. b. G. B. lautet: „Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, daß dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte." Der Verkäufer hat nun (um eines der eben erwähnten Beispiele herauszugreifen) anerkannt, er halte sich ex empto für verpflichtet „6 Monate Ziel" zu gewähren; durch die Annahme dieser dem Verkäufer gegenüber abgegebenen Erklärung seitens des Letzteren kommt ein Vertrag zustande, und für dessen eventuelle

Digitized by Google

geschäftlichen Inhalts muß also der Verkäufer gegen sich gelten lassen, wenn er „an — seinem Irrthume Schuld ist, es wäre

---

Anfechtung wegen Irrthums gilt daher der citirte Paragraph des a. b. G. B.

Daß das österreichische Recht den Anerkennungsvertrag als causa debendi ansieht, ist von Krainz-Pfaff, System I S. 453 fg. sowie neuestens von Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht II S. 287 fg. eingehend dargelegt worden. v. Canstein, Lehrbuch des österr. Civilproceßrechts II S. 87 fg. legt dagegen der außergerichtlichen Anerkennung grundsätzlich Bedeutung nur bei im Falle gleichzeitigen Geständnisses einer rechtserzeugenden Thatsache. Die außergerichtliche Anerkennung hat also im Sinne v. Cansteins nur Bedeutung im Rahmen des §. 110 A. G. O. bzw. des §. 176 W. G. O.; das außergerichtliche, den Gegner im Sinne dieser Paragraphen vom Beweise befreiende Geständniß nennt aber v. Canstein „dispositives Geständniß" (vgl. namentlich a. a. O. S. 99 fg.). An dieser Stelle glaube ich von einer eingehenden Stellungnahme zu dieser Auffassung v. Cansteins insbesondere mit Rücksicht auf die Ausführungen von Krainz-Pfaff a. a. O., von D. Ullmann, Lehrbuch des österr. Civilproceßrechts S. 270 fg., von Dernburg Pand. I §. 44 sowie unter Hinweis auf Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses 3. Aufl. S. 196 fg. und Wach, Archiv für die civil. Praxis 64. Bd. S. 233 fg. absehen zu dürfen. Nur auf eine uns hier unmittelbar interessirende praktische Consequenz der Auffassung v. Cansteins möchte ich aufmerksam machen. Verstehe ich v. Canstein recht, so könnte nach seiner Auffassung der Verkäufer einen rechtsgeschäftlichen ihm nachtheiligen Facturenvermerk einfach dadurch beseitigen, daß er nachweist, derselbe entspreche dem Kaufvertrage nicht; denn ein im Sinne des §. 110 A. G. O. bzw. des §. 176 W. G. O. wirksames außergerichtliches Geständniß kann, wie v. Canstein selbst a. a. O. S. 96 mit Recht ausführt, immer durch Gegenbeweis entkräftet werden. M. E. entspricht dieses Ergebniß der Function der Factura im Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer nicht. (Vgl. die gleich folgende Ausführung im Text sowie unten Anm. 6.)

Im gemeinen Recht ist nach der m. E. zutreffenden Auffassung von Windscheid eine Anerkennungserklärung nach den Grundsätzen der condictio indebiti anzufechten. (Windscheid Pand. II §. 412b Anm. 8, vgl. auch Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 100 fg. und Wach, Archiv für die civil. Praxis 64. Bd. S. 251 fg.). Nach gemeinem Recht müßten also Facturavermerke der erwähnten Art vom Verkäufer mit der condictio indebiti angefochten werden. Anders liegt die Sache im österr. Recht. Die Fassung des §. 1431 a. b. G. B. schließt m. E. dessen Anwendung auf Anerkennungserklärungen aus. Die im §. 1431 a. b. G. B. normirte Klage „ist nur für die Zurückforderungen von Leistungen bestimmt, die animo solvendi gemacht werden" (Pfaff, Allg. österr. Gerichtszeitung

Digitized by Google

denn, daß dem annehmenden Theile (dem Käufer) der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte." Ein Facturavermerk rechtsgeschäftlichen Inhalts wird also nur dann mit Erfolg vom Verkäufer bestritten, wenn feststeht bzw. erforderlichenfalls vom Verkäufer bewiesen wird a) daß dieser Facturavermerk ihn (den Verkäufer) in einer ex empto nicht gerechtfertigten Weise belaste, b) daß der Verkäufer denselben irrthümlich aufgenommen habe, c) daß dieser sein Irrthum entweder ein entschuldbarer war oder doch dem Käufer den Umständen nach auffallen mußte.[5]) An diesem Er-

1868 S. 137 Anm. 63). Das bloße Anerkennen einer Vertragsbestimmung ist aber keine Leistung und erfolgt auch nicht animo solvendi. (Nach Krainz-Pfaff, System I S. 455 fg. ist jedoch die Anerkennung auch nach österr. Rechte mit der condictio indebiti anfechtbar.)

[5]) Die Anerkennung macht immer gegenbeweispflichtig; daraus folgt das zu a) angeführte Erforderniß. — Der Irrthum des Anerkennenden ist Anspruchsgrund, daher ist in unserem Falle der Verkäufer gehalten darzuthun, daß er den betreffenden Facturavermerk irrthümlich aufgenommen habe. (Auch bei der condictio indebiti ist es Sache des Condicenten „die Nichtschuld und seinen Irrthum zu beweisen". Krainz-Pfaff a. a. O. II S. 283, vgl. auch Dernburg Pand. II §. 141; anders freilich u. A. Windscheid II §. 426.) Seinen Irrthum wird der Verkäufer nur indirect zu beweisen vermögen. Vgl. hiezu Krainz-Pfaff a. a. O. I S. 153, II S. 283, Heyßler (in der aus seinem Nachlasse von v. Schrutka-Rechtenstamm in Grünhuts Zeitschr. XII u. XIII veröffentlichten Abhandlung) a. a. O. XII S. 32 fg. — Ob der Irrthum des Verkäufers entschuldbar war oder aber doch dem Käufer auffallen mußte, wird der Richter regelmäßig aus dem Thatsachenmaterial, das ihm behufs Nachweises der beiden eben besprochenen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruches vorgelegt wurde, zu beurtheilen in der Lage sein. Wo dieß ausnahmsweise nicht der Fall ist, ist der Verkäufer auch in diesem Punkte beweispflichtig. Vgl. Windscheid II §. 426 zu Anm. 25.

Nach österr. Recht ist die Entschuldbarkeit des Irrthums des Zahlenden nicht Voraussetzung der condictio indebiti, denn §. 1431 a. b. G. B. erwähnt dieser Voraussetzung nicht und gesteht die condictio indebiti im Falle des Rechtsirrthums des Zahlenden ausdrücklich zu. (Vgl. v. Stubenrauch, Commentar 1. Aufl. zu §. 1431 a. b. G. B., Pfaff, Allg. österr. Gerichtszeitung 1868 S. 137 Anm. 60 und Krainz-Pfaff a. a. O. II S. 282 fg.). Wären also Anerkennungserklärungen mit der condictio indebiti anfechtbar, so könnte der Verkäufer Facturavermerke der besprochenen Art in jedem Falle auch bei Unentschuldbarkeit seines Irrthums anfechten und wir würden also in diesem Punkte m. E. zu einem wenig befriedigenden Ergebniß gelangen.

Digitized by Google

gebniß[6]) ändert auch der manchmal vorkommende Vermerk „Irrthum vorbehalten" oder S. E. et O. (salvis erroribus et omissionibus; sauf erreur et omission) nichts. Ein solcher Vermerk kann ja nicht das Privilegium begründen, unentschuldbare für den anderen Theil nicht wahrnehmbare Irrthümer gegen den Käufer geltend zu machen.[7]) Solche Clauseln sind also in der hier in Betracht kommenden Beziehung bedeutungslos.

Der Käufer, welcher gegen den Verkäufer einen in dessen Factura enthaltenen Vermerk thatsächlicher Natur geltend macht, beruft sich auf ein ihn im Sinne des §. 110 A. G. O. bzw. des §. 176 W. G. O. vom Beweise befreiendes außergerichtliches Geständniß des Verkäufers.[8]) Der Verkäufer hat

[6]) In der Regel der Fälle wird der Irrthum des Verkäufers, der einen ihm nachtheiligen ex empto nicht gerechtfertigten rechtsgeschäftlichen Facturavermerk aufgenommen hat, ein unentschuldbarer sein. Bei der Redigirung einer Factura sorgsam zu sein, ist ja Pflicht jedes ordentlichen Kaufmannes. Es wird also meistens darauf ankommen, festzustellen, ob der Irrthum des Verkäufers ein auffälliger, für den Käufer erkennbarer war. Der Käufer wird nun oft mit Erfolg geltend machen können, er habe den ihm günstigen Facturenvermerk als Ausfluß einer im eigenen wohlverstandenen Interesse des Verkäufers geübten geschäftlichen Coulance desselben angesehen. Aus alledem ergibt sich, daß die processuale Situation des Verkäufers, der einen rechtsgeschäftlichen Vermerk seiner eigenen Factura ansicht, eine schwierige ist.

[7]) Vgl. hiezu v. Hahn II §. 4 zu Art. 291, R. O. H. G. III Nr. 87 S. 426, XI Nr. 92 S. 276.

[8]) Nach §. 110 A. G. O. befreit ein außergerichtliches Geständniß „den Gegner von dem Beweise nicht, ausgenommen, wenn von dem Bekenner das Geständniß auf Befragen Jemandes geschehen ist, von dem er wußte, daß ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren." Im Sinne des §. 176 W. G. O. tritt aber die den Gegner vom Beweise befreiende Wirkung des außergerichtlichen Geständnisses schon dann ein, wenn es „gegen Jemand geschehen ist, von dem er (der Bekenner) wußte, daß ihm daran gelegen sei, die Wahrheit zu erfahren." Aus dieser Fassung des §. 176 W. G. O. folgt, daß die citirten Worte des §. 110 A. G. O. lediglich exemplicativ einen Fall anführen, in dem die Ernstlichkeit des Geständnisses außer Zweifel steht. Wir haben also im Geltungsgebiete beider Gerichtsordnungen nur die Ernstlichkeit des außergerichtlichen Geständnisses (den animus confitendi) als wesentliche Voraussetzung seiner den Gegner vom Beweise befreienden Wirkung anzusehen. (So auch

Digitized by Google

daher, wenn er einen Facturavermerk thatsächlichen Inhalts

die herrschende Lehre. Vgl. Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XII S. 38 fg., Ullmann a. a. O. S. 270 fg., v. Canstein a. a. O. S. 95 fg.) Da nun an der Ernstlichkeit einer vom Verkäufer in der Factura gemachten, auch lediglich rein thatsächlichen Mittheilung der Sachlage nach nicht wohl gezweifelt werden kann, so bin ich der Meinung, daß ein derartiger Facturavermerk als ein den Käufer vom Beweise befreiendes außergerichtliches Geständniß des Verkäufers zu qualificiren ist. (Darüber, daß ein im Sinne der §§. 110 bzw. 176 G. O. wirksames Geständniß auch schriftlich abgelegt werden kann, vgl. D. Ullmann a. a. O. S. 274 fg., v. Canstein a. a. O. II S. 95 fg.)

Hiegegen darf auch nicht eingewendet werden, daß Facturen sehr häufig nicht vom Verkäufer, sondern von einem Vertreter desselben ausgefertigt werden, ein außergerichtliches Geständniß aber von einem Vertreter nicht abgelegt werden könne. (Vgl. D. Ullmann a. a. O. S. 273, Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XII S. 41.) Ich meine nemlich, daß, wer gelegentlich der Vornahme eines rechtsgeschäftlichen Actes durch einen legitimirten Dritten vertreten wird, auch die bei dieser Gelegenheit seitens desselben abgelegten Thatsachengeständnisse als sein außergerichtliches Geständniß im Sinne des §. 110 A. G. O. bzw. des §. 176 W. G. O. und nicht bloß als ein Zeugniß des Vertreters gegen sich (den Vertretenen) gelten lassen muß. Sonst könnte man sich gegenüber einem Minderjährigen bzw. einer Ehefrau nicht auf ein außergerichtliches Thatsachengeständniß des deren Handelsgewerbe betreibenden Vormundes bzw. Ehemannes berufen; der Gutsverwalter könnte nicht ein dem Gutsherrn, der Institor nicht ein dem Principal gegenüber im Sinne der §§. 110 bzw. 176 G. O. wirksames Geständniß ablegen. Auch ist zu beachten, daß ein Schuldschein neben seinen dispositiven Elementen auch reine Thatsachengeständnisse enthält (vgl. Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XIII S. 71); so die Angabe des Empfangs der Valuta, des Tages und des Ortes der Ausstellung. Sollen derartige Angaben im Schuldschein gegenüber dem Schuldner in anderer Weise wirken, je nachdem er selbst oder ein zweifellos legitimirter Vertreter desselben das Darlehn aufgenommen und den Schuldschein ausgestellt hat? (Vgl. hiezu v. Canstein a. a. O. II S. 93 Anm. 44). Man denke an folgenden Fall: Im Schuldscheine bestätigt A Namens des B vom C 1000 als Darlehnsvaluta empfangen zu haben. Wir haben uns zu fragen, liegt darin ein den B verpflichtendes außergerichtliches Geständniß vor. Im Geltungsgebiete der westgalizischen Gerichtsordnung könnte diese Frage eventuell unter Berufung auf §. 177 W. G. O. (welcher lautet: „Ein gerichtliches oder außergerichtliches Bekenntniß, so Jemand zu dem Ende gethan hat, damit es einem anderen zum Beweise diene, macht wider ihn vollen Beweis") bejaht werden; ein solches „dispositives" (d. h. als Beweisdisposition wirkendes) Geständniß kann nemlich auch im Sinne Heyßlers

Digitized by Google

bestreitet, dessen Unrichtigkeit darzulegen; er ist gegenüber dem

---

von einem Vertreter abgelegt werden. (Vgl. Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XII S. 39 und S. 41.) Was gilt aber in den Ländern der allgemeinen Gerichtsordnung? Nach Heyßler (vgl. Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XII S. 39) soll der §. 177 W. G. O. nichts enthalten, was nicht in der Natur der Sache läge und daher auch im Geltungsbereiche der allgemeinen G. O. Anwendung zu finden haben. Man kann nun aber — ich erinnere nur an die Ausführungen Bülows, Archiv f. d. civil. Praxis 64. Bd. S. 62 fg. und Wachs, ebenda S. 216 fg. — über die Frage, ob es sachgemäß sei „Beweisverträge" zuzulassen und ob daher der §. 177 W. G. O. (wie ihn Heyßler auffaßt) wirklich eine selbstverständliche Norm enthält, sehr verschiedener Meinung sein; deshalb und auch aus rein formellen Bedenken ist es mir sehr zweifelhaft, ob ein Richter, der sich an die Bestimmungen der allgemeinen G. O. zu halten hat, den §. 177 W. G. O. auch anwenden wird. Wir müssen also fragen, ist die Bestätigung des Empfangs der Darlehnsvaluta seitens des Vertreters für den Vertretenen im Sinne des §. 110 A. G. O. (§. 176 W. G. O.) verpflichtend? Ist man der Ansicht Heyßlers, dann müßte in unserem Falle der Gläubiger C, obwohl A Namens des B bestätigt hat, die Valuta empfangen zu haben, diese Thatsache beweisen und der Schuldschein käme insoferne höchstens als ein Zeugniß des Vertreters A in Betracht, welches durch den Erfüllungseid des C erst volle Beweiswirkung bekäme. Der Satz, ein außergerichtliches Geständniß könne niemals von einem Vertreter abgelegt werden, würde also zu dem m. E. durchaus unbefriedigenden Ergebniß führen, daß ein Schuldschein, den ein Vertreter ausgestellt hat, in einem so wesentlichen Punkte eine erheblich geringere Beweiskraft hätte, als der vom Schuldner selbst gefertigte Schuldschein.

Die verpflichtende Kraft von Facturenvermerken (mögen dieselben nun rechtsgeschäftlichen oder aber thatsächlichen Inhalts sein) kann nicht etwa auf die Bestimmungen des XIII. Capitels der beiden Gerichtsordnungen über den Beweis durch Urkunden gestützt werden. Denn die citirten Bestimmungen der G.-O. enthalten nur die formellen Kriterien einer beweiskräftigen Urkunde; die materielle Beweiskraft einer Urkunde ist aber nach Verschiedenheit ihres Inhalts verschieden zu beurtheilen. Hat also z. B. der Verkäufer die Factura (wie dieß so häufig geschieht) nicht unterschrieben, so mag er, wenn er dieß mit seinen Anschauungen von geschäftlicher Loyalität vereinbar hält und ihm dieß mit Rücksicht auf die Proceßsituation günstig erscheint, unter Berufung auf §. 114 A. G. O. bzw. §. 182 W. G. O. bestreiten, daß die Factura bzw. der betreffende Facturavermerk von ihm herrührt und diese Thatsache wäre dann vom Käufer auf anderem Wege zu beweisen. Steht aber einmal fest, die Factura sei vom Verkäufer ausgestellt bzw. der betreffende Facturavermerk rühre vom Verkäufer her, dann ist es für die Wirksamkeit des Factureninhalts bzw. des betreffenden

Digitized by Google

durch die Berufung auf den Facturavermerk erbrachten Beweise des Käufers gegenbeweispflichtig.[9]) Hat also etwa der Ver-

Facturavermerks durchaus irrelevant, ob die Factura im Sinne der Bestimmungen des XIII. Capitels der beiden G. O. beweiskräftig war oder nicht. Vgl. zu allem vorbemerkten v. Canstein a. a. O. II S. 375 fg., Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XIII S. 68 fg., D. Ullmann a. a. O. S. 355 fg., ferner §. 381 der deutschen C. P. O. und dazu z. B. Seuffert, Commentar Vorbemerkungen zu §§. 380 fg.

[9]) Vgl. D. Ullmann a. a. O. S. 273 fg. zu c), v. Canstein a. a. O. II S. 96, Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XII S. 41. — Wer die im Texte vertretene Auffassung nicht theilt, wird vielleicht geneigt sein in einem Facturavermerk thatsächlichen Inhalts wenigstens ein sog. schlichtes Geständniß zu erblicken. (Vgl. v. Canstein a. a. O. II S. 434 fg. und die daselbst Anm. 9 citirten Schriftsteller.) Ich bin nun mit D. Ullmann a. a. O. S. 270 fg. der Meinung, daß einem solchen schlichten Geständniß im Geltungsgebiete der gesetzlich gebundenen Beweisführung des österr. Proceßrechts Bedeutung nicht zukäme. (Abweichend v. Canstein a. a. O. II S. 434 fg.) Der Indicienbeweis ist nemlich nach unserem Proceßrecht auf die im Gesetze ausdrücklich zugelassenen Fälle zu beschränken (vgl. Heyßler-v. Schrutka a. a. O. XII S. 33 fg.) und nur zur Erbringung eines derartigen Beweises wäre ein schlichtes Geständniß geeignet. Als eine Beweisdisposition im Sinne des §. 177 W. G. O. ist ein Facturavermerk thatsächlicher Natur gewiß nicht zu qualificiren (vgl. hiezu die vorige Anm.) und so gelangt man denn, wenn man die im Texte vertretene Meinung ablehnt, zu dem Ergebniß, daß ein derartiger Facturavermerk dem Verkäufer gegenüber gänzlich unerheblich ist und damit zu einem Resultate, das kaum allgemeinen Beifall finden wird.

Im Bagatellverfahren hat der Richter „unter Berücksichtigung des Ergebnisses der gesammten Verhandlung und Beweisführung nach freier Ueberzeugung zu beurtheilen, ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht" (§. 33 B. V.); das außergerichtliche Geständniß kommt lediglich insoferne in Betracht, als es der indirecten Beweisführung des §. 34 B. V. dient. (Vgl. D. Ullmann, Bagatellverfahren S. 60.) Der Richter wird also, auch wenn er in einem Facturavermerk thatsächlicher Natur ein außergerichtliches Geständniß nicht erblickt, die Beweiskraft desselben nach den Grundsätzen der §§. 33 und 34 des B. V. zu beurtheilen haben.

Für das deutsche Proceßrecht ist zu sagen, daß die C. P. O. des außergerichtlichen Geständnisses nicht erwähnt. (Vgl. über das außergerichtliche Geständniß im deutschen Proceßrecht z. B. v. Canstein, Z. Schr. für deutschen Civilproceß I S. 324 fg., Seuffert, Commentar zu §. 255 C. P. O. unter 5, Wach, Archiv für die civil. Praxis 64. Bd. S. 216 fg. und auch Wetzell a. a. O. S. 196 fg.) Selbst wenn man übrigens in einem Facturavermerk thatsächlicher Natur ein außergerichtliches Geständniß nicht erblickt, wird

Digitized by Google

käufer in der Factura angegeben, er habe die Waare an einem bestimmten Tage abgesendet, so ist es, wenn er im Processe behauptet, die Waare sei an einem anderen Tage abgesendet worden, seine Sache, die Wahrheit dieser Behauptung zu erweisen.[10])

es jedenfalls Sache freier richterlicher Beweiswürdigung sein (§. 259 C. P. O.) zu beurtheilen, ob die Wahrheit der betreffenden Thatsache in Folge des Facturavermerks zum Nachtheile des Verkäufers als erwiesen anzusehen sei oder nicht.

[10]) In der Factura heißt es, der Verkäufer habe „am heutigen Tage" d. h. also am Tage des Facturadatums (beispielsweise am 10. Jänner 1890) die Waare dem Spediteur X. übergeben. Das gesammte Lager des Spediteurs X. ist nun am 7. Jänner beschädigt worden und der Verkäufer behauptet nun, er habe bereits am 6. Jänner die Waare dem X. übergeben, der in Folge der Durchnässung der Waare beim Spediteur am 7. Jänner derselben zugefügte Schaden falle daher im Sinne des Art. 345 H. G. jedenfalls nicht ihm (dem Verkäufer) zur Last. Vgl. hiezu auch Goldschmidt a. a. O. S. 789 Anm. 10.

Digitized by Google

§. 4.

Eingehenderer Untersuchung bedarf die Frage, ob und inwieweit sich der Verkäufer auf den Inhalt der von ihm ausgestellten Factura gegen den Käufer zu berufen in der Lage ist. Ich bespreche zunächst nur solche Facturavermerke, die entweder nur rechtsgeschäftliche Bedeutung haben oder denen auch rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt, und zwar letztere nur insoferne, als sie von rechtsgeschäftlicher Bedeutung sind. Facturavermerke rein thatsächlicher Natur, sowie Facturavermerke, welchen auch thatsächliche Bedeutung zukommt in dieser ihrer Bedeutung, werden unten §. 9 zu besprechen sein.[1])

A. Daß der Käufer den von ihm sei es ausdrücklich, sei es in unzweifelhafter Weise stillschweigend anerkannten Factureninhalt gegen sich gelten lassen muß, ist selbstverständlich.[2]) Eine Anfechtung seiner Anerkennungserklärung steht dem Käufer einmal unter den Voraussetzungen des Art. 294 H. G.[3]), ferner

[1]) Vgl. oben S. 19.

[2]) Vgl. die bei Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. Aufl. S. 252 Anm. 1 citirte Entscheidung des O. A. G. Cassel. (Die „briefliche Erklärung über die geschehene Buchung eines für übersandte Waaren berechneten Postens" enthält „eine verpflichtende Anerkennung der Schuld — ohne daß die vorangegangene Bestellung der Waare noch in Frage zu ziehen" ist.)

[3]) Vgl. oben S. 12 fg. und Anm. 3. Im Falle „eines Betrugs (des Verkäufers) in der Rechnung" darf die Unrichtigkeit des betreffenden Facturavermerks trotz erfolgter Anerkennung des Käufers seinerseits ohne weiteres geltend gemacht werden. — Ist der unrichtige Facturavermerk durch einen Irrthum des Verkäufers veranlaßt worden und bestreitet der Käufer unter Berufung hierauf die Wirksamkeit seiner Anerkennungserklärung, so ist es Sache des Verkäufers, darzuthun, daß der Käufer wußte, der betreffende Facturavermerk sei ein irriger, ihn aber trotzdem anerkannt hat, also auf

Digitized by Google

wenn er sich auf seinen Irrthum beruft auf Grund des §. 876 a. b. G. B. zu.[4])

B. Der Verkäufer ist nun nicht allzuhäufig in der Lage darzulegen, der Käufer habe den Factureninhalt bzw. einen bestimmten bestrittenen Facturavermerk ausdrücklich anerkannt. Regelmäßig wird daher gefragt werden müssen, ob das Verhalten des Käufers Anhaltspunkte für die Annahme gewähre, er habe den Factureninhalt bzw. den betreffenden Facturavermerk stillschweigend anerkannt. Hiezu ist nun zunächst zu bemerken, daß der Käufer, dem die Waare zugleich mit der Factura oder früher als die Factura zugeht, nicht etwa dadurch allein, daß er die Waare behält bzw. über sie disponirt, den gesammten Factureninhalt genehmigt.[5]) Der Verkäufer offerirt ja nicht die Waare auf Grund von in der Factura enthaltenen Vertragspropositionen, sondern er erklärt, einer vorhergegangenen Waarenbestellung, auf welche sich der Factureninhalt bezieht, nachzukommen.[6])

---

die Geltendmachung der Unrichtigkeit verzichtet hat. Vgl. v. Hahn II S. 118 Anm. 3 (§. 2 zu Art. 294).

[4]) Der anfechtende Käufer hätte also zu beweisen: a) daß der anerkannte Facturavermerk vertragswidrig war, b) daß seine Anerkennungserklärung durch einen Irrthum seinerseits veranlaßt wurde, c) daß dieser Irrthum ein entschuldbarer war oder doch dem Verkäufer den Umständen nach auffallen mußte. Vgl. hiezu das oben S. 20 fg. Anm. 4 und 5 Ausgeführte.

[5]) Geht die Factura dem Käufer ausnahmsweise erst nach der Waare zu, so ist diese Argumentation von vornherein unmöglich. Vgl. hiezu O. L. G. Adler-Clemens II Nr. 238, O. L. G. und O. G. H. ebenda III Nr. 320, O. G. H. Slg. IX Nr. 4147, O. L. G. und O. G. H. Slg. XIX Nr. 8360, O. L. G. Gellers Centralblatt VII S. 261 Nr. 148. Anders freilich O. G. H. Slg. VI Nr. 2840 [(Adler-Clemens II Nr. 152). Hier heißt es sogar: „und hätte er (der Käufer) noch bevor er die Factura erhalten, also noch bevor er die vom Kläger bekannt gegebenen Verkaufsbedingungen kannte, bereits mit der Waare verfügt, so müßte um so mehr angenommen werden, daß er sich den in der erst zu gewärtigenden Factura enthaltenen Verkaufsbedingungen unterworfen habe"]; abweichend auch O. G. H. bei Adler-Clemens V Nr. 881 und O. L. G. ebenda VI Nr. 1107. Der gleiche unrichtige Gedankengang auch in der sich nicht auf einen Kauf beziehenden Entscheidung des O. G. H. Slg. XVIII Nr. 8007.

[6]) Irrelevant ist es in der uns hier interessirenden Beziehung, ob die Thatsache, daß der Sendung eine Bestellung vorausgegangen ist, einer

Digitized by Google

Der Käufer ist daher gar nicht berechtigt und um so weniger verpflichtet, die Waare deshalb zurückzuweisen, weil er sich durch einen Facturavermerk benachtheiligt hält.[7]) Die gegentheilige Auffassung würde zu der Consequenz führen, daß der Verkäufer in Folge eines einzigen vertragswidrigen Facturavermerks trotz rechtzeitiger und gehöriger Lieferung in mora solvendi wäre und daher den Nachtheilen der Artt. 355 fg. H. G. ausgesetzt wäre. Der Käufer wäre also z. B. bei einem Fixgeschäfte, weil der Verkäufer in der Factura statt der vereinbarten 5 % Cassaconto 3 % Cassaconto geschrieben oder weil derselbe ohne besondere seitens des Käufers ertheilte Ermächtigung eine die Prorogirung des Bagatellverfahrens bezweckende Clausel in die Factura aufgenommen hat, obwohl empfangbare Waare rechtzeitig geliefert wurde, berechtigt, die Lieferung als Nichterfüllung zu behandeln, und wäre daher in der Lage „statt der Erfüllung Schadenersatz" zu fordern oder von dem Vertrage abzugehen, „gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre".[8])

Angabe der Factura bzw. eines dieselbe begleitenden Schreibens zu entnehmen ist oder aber in anderer Weise, z. B. aus der Klageerzählung oder aber auf Grund einer vom klagenden Verkäufer zugegebenen bzw. nicht widersprochenen Behauptung des beklagten Käufers feststellbar ist.

[7]) Vgl. hiezu R. O. H. G. II Nr. 85 S. 380 fg. (Der Kaufpreis war in der Factura höher berechnet, als dieß nach der Behauptung des Käufers verabredet war; der Käufer stellte deshalb die Waare zur Disposition. Das R. O. H. G. führt aus, die Preisdifferenz könnte nicht eine Zurückweisung der vom Verklagten gekauften Waare (vorausgesetzt, daß sie von gehöriger Qualität war) zur Folge haben, sondern nur dahin führen, „daß der Widerspruch gegen den facturirten Preis falls nicht eine gütliche Einigung erfolgt, im Rechtswege seine Erledigung finden müßte"; ferner R. O. H. G. VI Nr. 34 S. 166. („Eine Differenz über die Höhe des Preises oder über Zeit und Art seiner — des Verkäufers — Leistung — — — berechtigt an sich überhaupt nicht zur Zurückweisung gekaufter Waaren, ist vielmehr im geordneten Rechtswege auszutragen, wenn eine gütliche Vereinbarung nicht gelingt.") Vgl. über die im Texte besprochene Frage sowie über die Rechte des Käufers im Falle vertragswidriger Facturirung des Kaufpreises bzw. der Zahlungsmodalitäten Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 252 fg.

[8]) Wir sehen also, daß die im Texte bekämpfte Auffassung unter Umständen auch für den Verkäufer recht unangenehme Consequenzen hätte. Derselbe Verkäufer, welcher sich gelegentlich der Argumentation bedient, der Käufer hätte die Waare zurückweisen müssen, wenn er mit einem be-

Digitized by Google

Daraus, daß der Verkäufer, indem er Factura und Waare zusendet — wie oben betont wurde — nicht offerirt, sondern

---

stimmten Facturavermerke, z. B. der Angabe eines Zahlungsortes, nicht einverstanden war — vgl. z. B. die Begründung des O. L. G. Slg. X Nr. 4709 — würde sich vielleicht und zwar m. E. mit Recht beschweren, wenn einer seiner Abnehmer es sich beifallen ließe, in Folge eines ähnlichen Facturavermerks, durch welchen er sich vertragswidrig beschwert erachtet, die Waare, welche für einen fixen Lieferungstermin bestellt war, auf Grund des Art. 357 H. G. definitiv zurückzuweisen.

Es kommt manchmal vor, daß der Verkäufer einem bestimmten Facturavermerk — z. B. einer der oben S. 11 Anm. 26 erwähnten sog. Prorogationsclauseln — den Zusatz beifügt: „Das Behalten der Factura sehe ich als ein Zeichen Ihres Einverständnisses an." Nach meinem Dafürhalten ist ein solcher Zusatz bedeutungslos und gilt trotz desselben das oben Bemerkte, also daß das Behalten der Waare nicht als Genehmigung des Factureninhalts bzw. des betreffenden Vermerkes zu deuten ist. Dieß ergibt sich aus folgender Erwägung: Der Verkäufer, der durch einen Zusatz dieser Art den Käufer zwingen will, sich entweder dem von ihm redigirten Factureninhalte zu fügen, oder die Waare abzulehnen, verletzt die contractliche Verpflichtung, die Waare unter den beim Kaufabschlusse vereinbarten bzw. gesetzmäßigen Bedingungen zu liefern. Dieser Verletzung eines contractlichen Rechts des Käufers ist dadurch zu begegnen, daß man die Worte „Das Behalten der Waare sehe ich als Einverständniß an" oder einen ähnlich stylisirten Zusatz als nicht geschrieben behandelt. Ist man anderer Ansicht und will man also den Käufer zwingen, den erwähnten Zusatz als ihn verpflichtend anzusehen, so müßte man ihm auch das Recht einräumen, in Folge dieses Zusatzes auf Grund des ihm nicht genehmen Facturavermerkes die rechtzeitige und durchaus vertragsmäßige Lieferung als Nichterfüllung zu behandeln, gegen den Verkäufer also eventuell die Artt. 355 fg. H. G. geltend zu machen. Will man diese gewiß unzuträgliche Consequenz vermeiden, dann darf man den Zusatz „Das Behalten der Waare sehe ich als Einverständniß an" auch nicht gegen den Käufer in's Feld führen, muß ihn also für und gegen den Käufer als nicht geschrieben ansehen.

Gegen die vorstehende Argumentation darf nicht eingewendet werden, daß, wenn der Verkäufer bei einer sich inter praesentes vollziehenden Tradition erklärt, er wolle nicht unter den vereinbarten Bedingungen, sondern nur dann tradiren, wenn sich der Käufer einer bestimmten weiteren Vertragsmodalität füge, die Entgegennahme der Waare seitens des Käufers eine Genehmigung dieser Modalität enthalte.

Denn so wie das Contrahiren inter absentes nicht ohne weiteres nach den für das Contrahiren inter praesentes geltenden Bestimmungen, sondern nach specifischen Normen zu beurtheilen ist, so ist auch die Uebergabe

Digitized by Google

einer vorhergegangenen Waarenbestellung entsprechen zu wollen erklärt, folgt aber auch, daß der Verkäufer, wenn der Käufer

inter absentes als ein eigenthümlichen Rechtssätzen unterworfenes Gebilde aufzufassen. Die Richtigkeit dieser Bemerkung dürfte durch folgendes Beispiel am besten zu belegen sein: Wenn A dem B das Gemälde X um den Preis von 1000 fl. verkauft hat und nun gelegentlich der inter praesentes geschehenden Uebergabe A dem B erklärt, er könne ihm das Gemälde nur um 1500 fl. überlassen, so liegt darin, daß B das Gemälde ohne der Mehrforderung zu widersprechen annimmt, in der That eine Genehmigung des Preises von 1500 fl. B mußte sofort erklären, er wolle das Gemälde nur um 1000 fl. haben und A wäre dann in der Lage gewesen, sich sofort zu entscheiden, ob er sich mit dem vereinbarten Preise begnügen und das Gemälde übergeben oder aber auf seiner vertragswidrigen Mehrforderung bestehen und sich der Interesseersatzklage des A aussetzen wolle. Anders liegt die Sache, wenn der B dem A das Gemälde z. B. von Wien nach Graz geschickt und in dem begleitenden Briefe erklärt hat, er wolle das Gemälde nur um 1500 fl. hergeben, er betrachte das Behalten des Gemäldes seitens des A als Einverständniß mit dem höheren Preise von 1500 fl. M. E. darf dann A das Bild behalten, auch wenn er für dasselbe nur 1000 fl. (den verabredeten Kaufpreis) bezahlen will, bzw. er ist in der Lage, der Klage auf Zahlung des Preises von 1500 fl. gegenüber sich auf die ursprüngliche Vereinbarung zu berufen. Man dürfte gewiß nicht behaupten, A, welcher das Bild behalten und etwa über dasselbe bereits verfügt hat, obwohl er für dasselbe nur 1000 fl. zu zahlen entschlossen war, habe sich eine fremde Sache angeeignet. Und wenn A das Bild zurückgewiesen hätte und nun auf Grund der Behauptung, B sei mit der Lieferung des Bildes in Verzug gewesen, gegen ihn z. B. eine Conventionalstrafe wegen Versäumung des Lieferungstermins einklagen würde, so wäre diese Klage nach meinem Dafürhalten abzuweisen. Der Verkäufer B hat eben, indem er das Bild als ein bestelltes zugesendet und aus der Hand gegeben hat, eine Handlung gesetzt, die die Deutung ausschließt, die Annahme des vertragswidrig geforderten höheren Preisansatzes sei als eine Bedingung der Wirksamkeit der Tradition aufzufassen. Wollte er wirklich das Bild nur um 1500 fl. ablassen, dann mußte er vor der Absendung des Bildes fragen, ob dem Käufer der höhere Preis recht ist; der Käufer wäre dann in der Lage gewesen, vor der Absendung des Bildes die Forderung des höheren Preises abzulehnen und Sache des Verkäufers wäre es dann gewesen, darüber schlüssig zu werden, ob er zu dem vereinbarten Preise liefern oder aber den Folgen der mora solvendi sich aussetzen wolle. Der Verkäufer hat sich selbst präjudicirt, indem er den höheren Preis erst unter Zusendung des Bildes in Anspruch nahm. (Eine andere Frage ist die, ob den Käufer der Vorwurf der mora accipiendi trifft, wenn er das ihm unter Forderung eines höheren Preises übersendete Bild

Digitized by Google

die Factura in einem oder in mehreren Punkten als vertragswidrig (bzw. rechtswidrig) beanstandet hat, nicht etwa berechtigt ist, die Sendung zurückzufordern.[9])

C. Das bloße Behalten der Waare enthält demnach noch nicht eine Genehmigung des Factureninhalts und wir haben uns daher weiter zu fragen, ob der Käufer nicht dadurch, daß er einen Facturavermerk nicht beanstandet, denselben als für sich verpflichtend anerkennt, ob also den Käufer nicht bezüglich des Factureninhalts eine Rügepflicht bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung des nicht beanstandeten Inhalts der Factura trifft.

Hierauf ist nun zunächst zu antworten, daß das Handelsgesetzbuch eine derartige Rügepflicht nirgends und insbesondere nicht im Art. 347 normirt. Die im Art. 347 normirte Anzeigepflicht bezieht sich lediglich auf den Fall vertragswidriger oder gesetzwidriger Beschaffenheit und Güte der Waare. Art. 347 darf aber auch nicht analog auf unseren Fall angewendet werden, weil es überhaupt unzulässig ist, „eine gesetzliche Norm, die in so hohem Grade das Gepräge einer Ausnahmsbestimmung an sich trägt, im Wege der Analogie auf Fälle anderer Art anzuwenden.“[10]) — Ferner ist hervorzuheben,

---

ablehnt. M. E. ist diese Frage mit Rücksicht auf die Contractwidrigkeit des Vorgehens des liefernden Verkäufers zu verneinen.) Das oben Ausgeführte gilt nun unzweifelhaft auch dann, wenn die Contractwidrigkeit des Vorgehens des Verkäufers darin besteht, daß er erst gelegentlich der Lieferung in der Factura eine neue Vertragsmodalität proponirt, z. B. also erst durch einen Facturavermerk die Prorogirung eines anderen als des von Rechtswegen Platz greifenden Verfahrens herbeizuführen sucht. Auch hier ist es im Sinne des im vorstehenden Ausgeführten eine contradictio in adiecto, wenn der Verkäufer sagt: „ich liefere zwar, aber behalten darfst Du nur, wenn Du der Dir vorgeschlagenen Prorogation zustimmst.“

[9]) Eben so wenig hat ein Verkäufer, dem der Käufer im Sinne des Art. 347 H. G. angezeigt hat, die ihm zugesandte Waare sei nicht empfangbar, das Recht, die Waare zurückzufordern. Vgl. hiezu Hanausek Haftung des Verkäufers I S. 121 fg.

[10]) Hanausek a. a. O. I S. 254; vgl. R. O. H. G. XXV Nr. 52 S. 214. — Daß Art. 347 eine Rügepflicht des Käufers bezüglich des Factureninhalts nicht normirt, ist ausführlich dargelegt von Hanausek a. a. O. I S. 252 fg. (vgl. auch ebenda II S. 48 fg. Anm. 4) und von Ehrlich Wiener Juristische Blätter 1887 S. 378 fg. Vgl. für diese Ansicht auch

Digitized by Google

daß ein handelsgewohnheitsrechtlicher Satz, durch welchen eine Rügepflicht des Käufers bezüglich des Factureninhalts normirt würde, nicht nachweisbar ist.[11])

St. G. Frankfurt a. M., Buschs Archiv IV S. 452 R. O. H. G. II Nr. 85 S. 382, VI Nr. 34 S. 166 sowie Keyßner, Holtzendorffs Rechtslexicon Art. Factura; anderer Ansicht dagegen unter Berufung auf die Ratio des Art. 347 R. O. H. G. I Nr. 43 S. 148 fg., ferner Gareis, Stellen zur Disposition S. 43 fg., vgl. insb. S. 44 Anm. 4. Was die Factura des Einkaufscommissionärs betrifft, so könnte eine Rügepflicht des Einkaufscommittenten bezüglich des Factureninhalts überhaupt nur für jene Fälle auf Art. 347 gestützt werden, in welchen man diesen Artikel für im Verhältniß zwischen Einkaufscommittenten und Einkaufscommissionär anwendbar hält. Vgl. über diese Controverse Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 481 fg., Hanausek a. a. O. I S. 201 fg., sowie die daselbst angeführte Literatur, ferner v. Hahn, Goldschmidts Z. Schr. XXIX S. 1 fg. und Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Commissionärs insb. S. 183 fg.

[11]) Auch die Spruchpraxis unserer Gerichte, insbesondere des Obersten Gerichtshofes gewährt keinen Anhaltspunkt für die Annahme der Existenz einer handelsgewohnheitsrechtlichen Norm, die dem Käufer eine Rügepflicht bezüglich des Factureninhalts auferlegen würde. Die zahlreichen Judicate, die die verpflichtende Kraft eines vom Käufer nicht beanstandeten Facturavermerks anerkennen, begründen dieß vielmehr fast durchwegs damit, daß aus dem Stillschweigen des Käufers nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen dessen Genehmigungswille zu erschließen sei. Vgl. die unten S. 97 fg. Anm. 18 citirten Entscheidungen sowie etwa ferner O. G. H. Adler-Clemens III Nr. 433, O. G. H. Slg. VI Nr. 2764, H. G. Prag, O. L. G. und O. G. H. Slg. XVII Nr. 7638, O. L. G. Lemberg und O. G. H. Slg. XXII Nr. 10191, O. G. H. Slg. XXV Nr. 11579.

Die Existenz einer handelsgewohnheitsrechtlichen Rügepflicht bezüglich des Factureninhalts behauptet Gareis Endemanns H. B. II S. 683 fg., S. 692 fg. Anm. 77, S. 705 fg. Hiefür beruft sich Gareis a. a. O. II S. 683 fg. Anm. 53 auf ein Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 531 fg. (Buschs Archiv XXV S. 24 fg.) mitgeth. Erk. des H. A. G. Nürnberg. Vgl. hiegegen und insbesondere über das citirte Erk. Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 48 fg. Anm. 4. Das R. O. H. G. hat eine handelsgewohnheitsrechtliche Norm dieser Art niemals anerkannt und auch aus der sonstigen deutschen Praxis läßt sich dieselbe nicht begründen. (Vgl. Hanausek a. a. O.) Gegen die Annahme eines derartigen handelsgewohnheitsrechtlichen Satzes vgl. auch das Erk. des R. G. v. 5. Juni 1886 Nr. 145/86, Berliner Juristische Wochenschr. 1886 S. 232 (Gellers Centralblatt 1886 S. 66; vgl. unten S. 87 fg. Anm. 5). — Für die im Text acceptirte Auffassung vgl. auch Ehrlich, Wiener Jurististische Blätter 1887 S. 391.

Digitized by Google

Endlich ist zu betonen, daß eine Verpflichtung des Käufers, einen Facturavermerk, durch welchen er sich benachtheiligt glaubt, bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung desselben zu rügen, auch nicht auf einen im Sinne des Art. 279 H. G. relevanten Handelsgebrauch (Usance im engeren, technischen Sinne des Wortes) gestützt werden kann. Denn eine Norm, welche besagte, jeder Käufer müsse den Factureninhalt prüfen und jene Bestandtheile desselben, durch welche er sich benachtheiligt glaubt, bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung derselben rügen, wäre ein Rechtssatz und nicht eine bloße Usance.[12]) Eine Usance im Gegensatze zum Gewohnheitsrecht „ist der gleichmäßige Inhalt der vertragsmäßigen Festsetzungen, welche in den Handelsgeschäften eines bestimmten Kreises handeltreibender Personen immer wiederkehren" (Laband, Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 481). Der letzte Grund ihrer Geltung ist stets die Intention der Parteien, sich ihr zu unterwerfen. Ein besonderes, individuelles Moment muß die Anwendung einer Usance rechtfertigen und eine gewisse Begrenztheit ihres Geltungsgebietes ist ihr mithin wesentlich. Diese Merkmale fehlen aber einer Bestimmung, welche wie der erwähnte angebliche Handelsgebrauch für den gesammten Handelsverkehr zwischen Kaufleuten oder gar zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten zu gelten beansprucht.[13]) Diesen principiellen Erwägungen, die ich meinestheils für entscheidend halte, ist noch die Bemerkung beizufügen, daß ein allgemeiner Handelsgebrauch des erwähnten Inhalts nicht nachweisbar ist[14]) und insbesondere weder in der Spruchpraxis des österreichischen

[12]) Vgl. hiezu Ehrlich a. a. O. S. 378.

[13]) Vgl. hiezu Goldschmidt, Handbuch des H. R. I S. 334. (Die Usance gelangt zur Geltung „für mehr oder minder weite Kreise von Personen und Geschäftsverhältnissen als gleichmäßiger Inhalt der üblichen vertraglichen Festsetzung"). Laband, Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 482. „Dieselben thatsächlichen Gründe, welche dazu führen, daß ein Kaufmann oder Fabrikant seinen Kunden gewisse Bedingungen gewährt, bilden die Veranlassung, auch für alle übrigen Kaufleute oder Fabrikanten dieselben in ihrem Gewerbebetriebe zuzugestehen, und so erweitert sich die Handlungssitte eines einzelnen Etablissements zu einem Handelsgebrauch des Ortes oder Geschäftszweiges."

[14]) Dieß betont mit Recht Ehrlich a. a. O. S. 378.

Digitized by Google

Obersten Gerichtshofes noch in den Entscheidungen des einstigen Leipziger Reichsoberhandelsgerichts und des deutschen Reichsgerichts anerkannt wird.[15])

D. Unser Ergebniß ist also, daß die Existenz einer besonderen handelsrechtlichen Norm, durch welche der Käufer verpflichtet würde, einen Facturavermerk, durch den er sich benachtheiligt glaubt, bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung desselben zu beanstanden, nicht nachweisbar ist. Wir haben uns aber ferner zu fragen, ob eine Verpflichtung des Käufers, einen ihm nicht genehmen Facturavermerk zu rügen, nicht schon aus civilrechtlichen Grundsätzen abzuleiten ist. Mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der Facturavermerke, denen rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt (und nur diese interessiren uns vorläufig), ist es, wie sich im Folgenden zeigen wird, unthunlich, diese Frage allgemein zu beantworten. Wir werden vielmehr bezüglich der wichtigsten Gruppen rechtsgeschäftlicher Factura-

[15]) Ueber die Praxis des österr. Obersten Gerichtshofes vgl. oben Anm. 11. In dem Erk. Sammlung XXI Nr. 9294 (Adler-Clemens VI Nr. 1065) heißt es allerdings, es sei „handelsüblich, daß wenn der Käufer die Factura übernimmt, ohne gegen die Bestimmungen der Factura eine Einwendung zu erheben, angenommen wird, daß er sich den diesfälligen Stipulationen unterworfen habe".

Das R. O. H. G. hat einen derartigen allgemeinen Handelsgebrauch nirgends anerkannt und dessen Existenz in den Entscheidungen V Nr. 7 S. 32 fg. und XXII Nr. 32 S. 144 fg. ausdrücklich in Abrede gestellt. Ebenso hat das R. G. in seinem Erk. vom 5. Juni 1886 Nr. 145/86 (Berliner Juristische Wochenschr. 1886 S. 232, Gellers Centralblatt 1886 S. 661; vgl. unten S. 87 fg. Anm. 5) den Bestand eines derartigen allgemeinen Handelsgebrauchs ausdrücklich verneint. Das R. O. H. G. hat auch in einer ganzen Reihe von Erkenntnissen die im Texte charakterisirte principielle Auffassung der Natur der Usance vertreten. Vgl. z. B. VI Nr. 13 S. 78 fg., XII Nr. 95 S. 287, XIII Nr. 117 S. 368 fg., XVI Nr. 60 S. 215, XXII Nr. 32 S. 146. — Vgl. auch R. O. H. G. XIII Nr. 142 S. 439 fg. „Wollte man aber auch — auf den kaufmännischen Brauch erhaltene Zusendungen, namentlich solche, welche von Geschäftsfreunden ausgegangen sind, zu beantworten, Bezug nehmen und darum in der Nichtmonirung des Auszugs eine Anerkennung desselben finden, so stände dieser Argumentation eben das entgegen, daß jener Brauch jedenfalls nur bei dem specifisch kaufmännischen Betrieb anzuerkennen sein würde, nicht aber beim Handelsbetrieb jeder Person, welche im Sinne des H. G. B.'s Kaufmann ist."

Digitized by Google

vermerke zu prüfen haben, ob und inwieferne sich der Käufer dadurch, daß er einen später beanstandeten Facturavermerk nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hat, einer Verletzung der dem Absender der Factura (Verkäufer) gegenüber zu beobachtenden Gebote der bona fides schuldig gemacht hat. Dieser Detailuntersuchung seien einige Bemerkungen über die Rechtsfolgen vorausgeschickt, die den Käufer möglicherweise dann treffen, wenn wir bezüglich eines Facturavermerks bestimmter Art zu dem Ergebniß gelangen, der Käufer habe dadurch, daß er den später bestrittenen Facturavermerk gar nicht bzw. nicht rechtzeitig gerügt hat, der bona fides zuwider gehandelt.

Das Schweigen des Adressaten einer rechtsgeschäftlichen Erklärung hat principiell keine juristische Wirkung.[16]) Dieß gilt aber gewiß dann nicht, wenn Absender und Adressat in einem contractlichen Verhältniß stehen und der Adressat mit Rücksicht auf dasselbe ex bona fide verpflichtet gewesen wäre, sich, falls ihm der Inhalt der ihm zugegangenen auf das contractliche Verhältniß Bezug habenden Erklärung nicht genehm war, in diesem Sinne zu äußern.[17]) Bei dieser Sachlage ist der Adressat

---

[16]) Vgl. Heyne, de voluntate tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840) p. 37 fg., Stöffel, die stillschweigende Willenserklärung (Inaug. Diss. 1859) S. 17 fg., Unger, II §. 85 zu Anm. 24, Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 220.

[17]) Bei Erörterung der Frage nach den möglichen Rechtswirkungen des Stillschweigens sind zwei Gruppen von Fällen auseinandergehalten: 1. Einmal nemlich die Fälle, in denen Absender und Adressat einer rechtsgeschäftlichen Erklärung bereits in einem contractlichen Verhältniß (auf welches sich die Erklärung bezieht) stehen. Der Adressat verletzt dann eventuell eine contractliche Antwortspflicht. Auf diese Gruppe von Fällen nehmen die folgenden Ausführungen allein Bedacht. 2. Dann aber jene Fälle, in welchen Absender und Adressat einer Erklärung überhaupt nicht oder doch derzeit nicht Contrahenten sind und in welchen daher jedenfalls von der Verletzung einer contractlichen Antwortspflicht nicht die Rede sein kann. (Vgl. hiezu unten §. 10 Anm. 4 und 5.) — Die Frage, welche juristische Wirkung das Stillschweigen möglicherweise hat, ist vielfach und eingehend erörtert worden. Ich verweise auf die in der vorigen Anm. citirten Schriften und nenne außerdem aus der reichen Literatur etwa Savigny, System III S. 248 fg., Klemm, Ueber die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt zugesendeter Waaren,

Digitized by Google

jedenfalls nach allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig.[18]) Häufig wird nun dieser regelmäßig sehr schwer feststellbare Schadenersatzanspruch nicht ausreichen, um das berechtigte Interesse des Absenders zu wahren.[19]) Die Sicherheit des Verkehrs verlangt daher oft, daß den Adressaten, welcher nicht oder nicht rechtzeitig seinen Dissens erklärte, eventuell ein anderer Rechtsnachtheil treffe. So wird es insbesondere aus diesem Gesichtspunkte häufig gerechtfertigt erscheinen, den Adressaten, der den ihm nicht genehmen Inhalt der Erklärung gar nicht oder nicht rechtzeitig beanstandete, so zu behandeln, als ob er demselben zugestimmt hätte. In Fällen dieser Art sagt man dann wohl auch, das Schweigen sei eine concludente Handlung, aus welcher der Genehmigungswille des Adressaten sich ergebe, er habe dadurch, daß er schwieg oder nicht rechtzeitig beanstandete, sein Einverständniß „stillschweigend" erklärt. Gegen diese althergebrachte Ausdrucksweise ist nun dann nichts einzuwenden, wenn man sich darüber klar ist, daß es sich hier nicht etwa um einen auf dem Wege logischer Deduction gewonnenen Schluß handelt, sondern daß der Adressat wegen seines die bona fides verletzenden Verhaltens einem aus Rücksichten der Verkehrssicherheit von Rechtswegen statuirten Nachtheile unterworfen wird.[20]) Und zwar wird manchmal schon das bloße Schweigen

---

Hallwachs Archiv für prakt. R. W. N. F. X S. 223 fg. („Das Stillschweigen als Willenserklärung in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts."), Regelsberger, Endemanns H. B. II S. 448 fg., Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 262 fg., Leonhard, Irrtum S. 199, Dernburg, Pand. I §. 98, endlich den Aufsatz von G. Hartmann „Werk und Wille bei stillschweigendem Konsens", Archiv für die civil. Praxis LXXII S. 161 fg., auf dessen tief eindringende Darstellung noch wiederholt zurückzukommen sein wird.

[18]) Wir setzen ja voraus, das der Adressat, indem er gar nicht oder nicht rechtzeitig rügte, der bona fides zuwidergehandelt oder schuldhafter Weise eine ihm obliegende contractliche Verpflichtung verletzt hat. Vgl. im übrigen für das gemeine Recht etwa Dernburg, Pand. II §. 44, für das österr. Recht §§. 1295 und 1298 a. b. G. B. und dazu Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht II S. 577 fg.

[19]) Vgl. hiezu und zum Folgenden auch Bekker, Krit. B. J. Schr. XXII S. 57.

[20]) Regelsberger a. a. O. S. 451 meint, es sei ungenau, in Fällen,

Digitized by Google

des Empfängers der Erklärung mit Rücksicht auf die Besonderheit des Thatbestandes als Einverständniß zu deuten sein, während in anderen Fällen das Schweigen nur im Zusammenhange mit Handlungen desselben, die er als redlicher Mann vernünftigerweise nicht vornehmen durfte, wenn er mit dem Inhalte der Erklärung nicht einverstanden war, als Zustimmung gedeutet werden darf.[21]) So wird z. B. die Nichtbeanstandung eines Contocurrentabschlusses, wenn der Geschäftsverkehr in der bisherigen Weise fortgesetzt wurde, in der Praxis mit Recht allgemein als Anerkennung gedeutet.[22])

in denen das Schweigen eventuell als Zustimmung gedeutet wird, von einer Antwortspflicht zu sprechen und es sei „verkehrt, in der Unterstellung der Zustimmung eine Strafe für das Nichtantworten zu erblicken". Das sei eine sonderbare Strafe, welche in der Mehrzahl der Fälle, nemlich überall wo die Entstehung des Vertrags bzw. in unserem Falle das Einverständniß mit dem Inhalt der Erklärung „der Absicht des Nichtantwortenden entspricht, den Straffälligen mit der Erfüllung seines Wunsches ahndet". Ich will nun gerne zugeben, daß es sprachlich correcter ist, sich hier des Ausdrucks Strafe, den wir als einen technischen zu gebrauchen gewohnt sind, nicht zu bedienen. Im übrigen aber meine ich, daß man genau ebenso von einer eventuellen Antwortspflicht des Adressaten einer Erklärung sprechen darf, wie man im Proceßrechte den Ausdruck Einlassungspflicht anwendet, obwohl Contumacialerkenntnisse (namentlich Versäumnißurtheile) in der Ueberzahl der Fälle nicht etwa gegen die Absicht des Contumacirten erfolgen, sondern darum eintreten, weil dieser in voller Kenntniß der Folgen sein Verhaltens die betreffende processuale Handlung unterlassen hat. Vgl. gegen Regelsberger auch Hartmann a. a. O. S. 228 fg. Anm. 54 und zu den Ausführungen im Text die trefflichen Bemerkungen Hartmanns a. a. O. S. 193 fg. und S. 222 fg.; vgl. ferner Stöffel a. a. O. S. 21 fg., Schloßmann, Vertrag S. 47 insb. aber S. 326, Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 19 fg. („Das Schweigen muß als Erklärung gelten können, auch jenseits der rein empirischen Interpretation, ja jenseits des im einzelnen Fall wirklich empirisch vorhandenen Willens der Partei. — Der Erklärungspflicht gegenüber gibt es keine reine Passivität der an sich erklärungspflichtigen Partei"), sowie Bülow, Archiv für die civil. Praxis LXII S. 81 fg. und Anm. 65.

[21]) Vgl. Hartmann a. a. O. S. 221 fg. — Für unseren Zweck glaube ich mich auf die im Texte gemachten wenigen Bemerkungen über „Willenserklärung durch Stillschweigen" beschränken zu dürfen. Eine eingehende Behandlung der viel besprochenen Begriffe der ausdrücklichen und der stillschweigenden Willenserklärung ist an dieser Stelle wohl entbehrlich.

[22]) Vgl. R. O. H. G. II Nr. 27 S. 116 fg., III Nr. 1 S. 4 fg.

Digitized by Google

Die vorstehenden Betrachtungen führen für unseren Fall zu folgendem Ergebniß: Von dem Käufer, der dadurch, daß er einen später beanstandeten Facturavermerk gar nicht oder nicht rechtzeitig rügte, der bona fides zuwider gehandelt hat, darf keineswegs ohne weiteres behauptet werden, er habe diesem Facturavermerk zugestimmt. Diesem Rechtsnachtheil dürfte der Käufer vielmehr nur dann unterworfen werden, wenn die Verkehrssicherheit und die durch dieselbe gebotene sorgsame Abwägung der Interessen beider Theile die Verhängung desselben fordert. Wir werden daher zu untersuchen haben, ob die verschiedenartigen im Folgenden zu erörternden Thatbestände Momente enthalten, die es rechtfertigen, den schweigenden bzw. säumigen Käufer als zustimmend anzusehen. Hiebei werden

---

(„Denn bei dem eigentlichen Contocurrentgeschäft kommt es nicht sowohl auf die einzelnen Positionen, als vielmehr auf deren Resultat, den Saldo, an und das unter Fortsetzung des Verkehrs beobachtete Stillschweigen auf die Zustellung des periodischen Rechnungsabschlusses gilt als Anerkennung des aus ihm resultirenden Saldo's"), III Nr. 87 S. 424 fg., V Nr. 74 S. 340, XIV Nr. 71 S. 214, R. G. Seufferts Archiv XXXVI Nr. 60 und XLII Nr. 95, J. F. Jena, Buschs Archiv V S. 463, bair. H. A. G. ebenda VII S. 379 fg. Auf ähnliche Thatbestände beziehen sich R. O. H. G. I Nr. 47 S. 159 fg., XIV Nr. 4 S. 12 fg., Nr. 83 S. 260 fg., XXIII Nr. 25 S. 74, A. G. Celle, Seufferts Archiv XXXII Nr. 95. — Andere Handlungen des schweigenden Adressaten werden als concludent erklärt: R. O. H. G. IV Nr. 72 S. 352 fg., IX Nr. 112 S. 411 fg. — Das bloße Schweigen wird als Genehmigung gedeutet, z. B. in der von Hartmann a. a. O. S. 228 fg. eingehend gewürdigten Entscheidung des R. O. H. G. I Nr. 22 S. 77 fg. (vgl. namentlich S. 82 fg.), ferner R. O. H. G. X Nr. 41 S. 190 fg., XIV Nr. 115 S. 371 fg., Nr. 135 S. 430 fg. — Vgl. aber dagegen auch R. O. H. G. XII Nr. 32 S. 102, XX Nr. 38 S. 127, R. G. Z. Schr. für französisches Civilrecht XVII S. 389, ferner R. O. H. G. Seufferts Archiv XXXIV Nr. 230. („Eben deshalb kann aber auch nur bei einem eigentlichen Contocurrentverhältniß ein Saldo bei beobachtetem Stillschweigen auf die Zustellung des periodischen Rechnungsabschlusses und Fortsetzung des Verkehrs als anerkannt gelten und aus diesem Grunde selbständig eingeklagt werden." Die bloße Führung einer fortlaufenden Rechnung dagegen „ist nur eine einseitige Handlung; aus der bloßen Annahme einer solchen Rechnung und der Fortsetzung des Geschäftsverkehres kann die Genehmigung des Inhalts der zugewendeten Rechnung weder im Ganzen noch im Einzelnen seitens des anderen Theil gefolgert werden.")

Digitized by Google

wir nun finden, daß in einer großen Zahl von Fällen der Verkehrssicherheit vollauf genügt wird, wenn zum Nachtheile des schweigenden bzw. säumigen Käufers eine Verschiebung der Beweislast eintritt. In diesen Fällen wird zu sagen sein, daß den Käufer auch nur diese Rechtsfolge seines der bona fides zuwiderlaufenden Verhaltens trifft und daß es ungerechtfertigt wäre, das Schweigen oder die Säumniß des Käufers zu seinem Nachtheile als Zustimmung zu deuten.

Digitized by Google

§. 5.

Im Sinne des im §. 4 zu D (S. 36 fg.) Ausgeführten, haben wir nunmehr bezüglich der wichtigsten Gruppen rechtsgeschäftlicher Facturavermerke einmal im Einzelnen zu untersuchen, ob sich der Käufer dadurch, daß er einen später beanstandeten Facturavermerk nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hat, einer Verletzung der bona fides schuldig gemacht hat und ferner festzustellen, welche Rechtsfolge das Schweigen bzw. die Säumniß des Käufers eventuell in den verschiedenen in Betracht kommenden Fällen nach sich zieht.

I. Zur Ausstellung einer Factura der uns hier allein interessirenden Art kann der Absender loyaler Weise nur durch die Annahme einer vorausgegangenen Bestellung veranlaßt werden.[1]) Dieser Annahme gibt der Absender häufig in der Factura oder doch in einem dieselbe begleitenden Schreiben Ausdruck.[2]) Der Empfänger der Factura, der entweder der Factura oder einem Begleitschreiben entnimmt oder aus anderen Umständen erkennt, der Absender sei von der Annahme einer

---

[1]) Nur dann, wenn der Absender der Waare und Factura erst gelegentlich der Sendung dem Adressaten die Abschließung eines Kaufvertrages proponirt, liegt eine Factura der oben S. 1 zu B. erwähnten Art vor. (Vgl. hiezu unten §. 6 S. 77 fg. und §. 10 Anm. 2.)

[2]) Vgl. oben S. 6 Anm. 7, S. 29 fg. Anm. 6. — Eine vorausgegangene Bestellung kann entweder vom Facturenaussteller bereits früher angenommen worden sein oder aber erst durch Zusendung der Factura und der Waare acceptirt werden. Im ersteren Falle lag im Augenblicke der Absendung von Waare und Factura bereits ein Kaufvertrag vor. Im letzteren Falle kam ein Kaufvertrag erst durch die Absendung von Waare und Factura zu Stande. Im Folgenden werden diese beiden Fälle einander gleichgestellt. Unten §. 6 S. 77 fg. wird dieß eingehend zu begründen sein.

Digitized by Google

vorausgegangenen Bestellung ausgegangen, und diesen auf die Irrigkeit seiner Annahme nicht aufmerksam macht, später aber bestreitet, es sei der Zusendung der Factura eine Bestellung vorausgegangen, hat durch sein Schweigen, von besonderen Umständen abgesehen, m. E. die bona fides nicht verletzt. Der bloße Empfang einer zugesendeten Factura begründet ja noch keine contractliche Beziehung zwischen Absender und Empfänger und darum ist der Letztere auch nicht verpflichtet, den Absender darauf aufmerksam zu machen, seine Annahme, es liege eine Waarenbestellung vor, sei eine irrthümliche.[3]) Der klagende Facturenaussteller hat also auch dann zu beweisen, daß die facturirte Waare auf Grund vorausgegangener Bestellung zugesendet wurde, wenn der beklagte Facturenempfänger ihm nach Erhalt der Waare und der Factura nicht mitgetheilt hat, die von ihm (dem Absender) vorausgesetzte Bestellung sei nicht erfolgt.[4]) Und zwar gilt dieß auch dann, wenn in der

[3]) Ich habe diesen keineswegs unbestrittenen Satz in anderem Zusammenhange (Haftung des Verkäufers I S. 223 fg.) ausführlich begründet; ebenda ist die Literatur der Frage verzeichnet. — Anders läge die Sache freilich dann, wenn zwischen Absender und Empfänger der Factura eine Geschäftsverbindung bestand oder wenn der Empfänger der Factura den Irrthum des Absenders durch sein vorausgehendes Verhalten (etwa durch eingeleitete Vorverhandlungen) veranlaßt hat. In solchen Fällen träfe den Empfänger allerdings eine Antwortspflicht. (Vgl. R. O. H. G. XIII Nr. 13 S. 45.) Wenn aber der A von dem ihm völlig fremden B Waare und Factura unter Berufung auf eine vorausgegangene Bestellung zugesendet erhält, so braucht der A m. E. dem B nicht zu schreiben, er habe die Waare nicht bestellt. Ist man anderer Meinung, so schützt man vielleicht ein oder das anderemal einen gutgläubigen und irrenden Absender, läuft aber auch Gefahr, den Empfänger, welcher schweigen zu dürfen glaubt, zu Gunsten eines Absenders zu belasten, der wohl wissend, eine Bestellung liege nicht vor, die Waare zugesendet hat und nunmehr daraus, daß der Empfänger nicht geantwortet hat, einen Vortheil zu ziehen versucht. Im übrigen verweise ich auf die gleich folgende Ausführung im Text.

[4]) Wird die Waare und die Factura, oder auch nur die Factura vom Aussteller dem Adressaten von Hand zu Hand übergeben und entnimmt der Empfänger einer ausdrücklichen Erklärung oder dem sonstigen Verhalten des Uebergebers, daß dieser annimmt, die facturirte Waare sei vorher von ihm (dem Empfänger) bestellt worden, so wird es allerdings Sache des Empfängers sein, den Uebergeber auf seinen etwaigen Irrthum aufmerksam

Digitized by Google

Factura eine Clausel enthalten gewesen wäre, welche besagt, daß Reclamationen des Facturenempfängers nur binnen einer bestimmten Frist berücksichtigt werden (vgl. oben S. 10), der Empfänger der Factura aber innerhalb dieser Frist dem Absender nicht mitgetheilt hat, die ihm zugesendete Waare sei nicht bestellt gewesen.[4a]) Man darf also nicht sagen, die unbeanstandete Annahme der zugesendeten Factura beweise ohne weiteres den Abschluß des Geschäftes.[5])

Einen besonderen Beweis der Thatsache, die Zusendung der Waare sei auf Grund vorausgegangener Bestellung erfolgt, braucht der klagende Facturenaussteller aber allerdings dann nicht zu erbringen, wenn der beklagte Facturenempfänger den Bestand des Kaufvertrages entweder ausdrücklich z. B. brieflich anerkannt hat[6]) oder wenn festgestellt erscheint, das sonstige Verhalten des Beklagten nach Empfang der Factura rechtfertige die Annahme, er habe die facturirte Waare als gekauft behalten wollen. In letzterer Beziehung wird es genügen, darzuthun, daß der Beklagte über die Waare Verfügungen getroffen hat,

---

zu machen. Die widerspruchslose Annahme der Factura bedeutet mithin hier allerdings Anerkennung einer vorausgegangenen Bestellung. Einen interessanten (im übrigen nicht hieher gehörigen) Fall einer Uebergabe der Factura von Hand zu Hand bespricht R. O. H. G. VIII Nr. 69 S. 276 fg.

[4a]) Eine derartige einseitige Erklärung des Facturenausstellers, welcher ja zu dem Facturenempfänger in keinerlei contractlicher Beziehung steht, kann dem Empfänger der Factura nicht präjudiciren. — Anderer Ansicht ist aber das Erk. des O. G. H. Slg. XXV Nr. 11579. Der O. G. H. weist vielmehr die Einwendung des Facturenempfängers, die zugesendete Waare sei nicht bestellt gewesen, unter Berufung darauf, daß der Empfänger diese Einwendung innerhalb der in dem Facturavermerk angegebenen achttägigen Frist nicht erhoben habe, ohne weiteres zurück. — Vgl. auch unten S. 69 fg. zu Anm. 26a.

[5]) Zu allgemein drücken sich daher aus Brinckmann, H. R. §. 79 S. 346 zu Anm. 1, Goldschmidt a. a. O. S. 789 zu Anm. 7, Endemann, H. R. §. 105 zu Anm. 12. — Hat allerdings der Empfänger der Factura im Sinne des oben Anm. 3 bemerkten durch sein Schweigen die bona fides verletzt, so wird er es sich gefallen lassen müssen, wenn man annimmt, er habe durch sein Schweigen anerkannt, die Waare sei ihm auf Grund vorausgegangener Bestellung zugesendet worden.

[6]) Vgl. S. 28 Anm. 2.

Digitized by Google

die er nur treffen durfte, wenn er die Waare als gekauft angesehen hat.[7])

II. Die Factura bezeichnet die in der Sendung enthaltene Waare[8]) sowie die Summe des Kaufpreises und der dem Empfänger zur Last fallenden Nebenforderungen.[9]) — Um die Bedeutung dieser Facturaangaben in der uns hier interessirenden Beziehung richtig zu beurtheilen, haben wir davon auszugehen, daß zwischen den Parteien bereits feststeht, der Zusendung der Waare und Factura sei eine Bestellung vorausgegangen und es sich nun um Feststellung des Inhalts dieser Bestellung bzw. des durch deren Annahme zu Stande gekommenen Kaufvertrages und zwar vor allem um die die essentialia negotii — Waare und Höhe der Gegenleistung — normirenden Vertragsbestimmungen handelt.[10])

Zweifellos ist es principiell Sache des Verkäufers, die auf diese beiden wesentlichen Momente Bezug habenden Vertragsbestimmungen zu erweisen. Der Verkäufer wird zu diesem Behufe vielleicht einen etwaigen Bestellbrief des Käufers produciren, aus welchem sich die Contractmäßigkeit des Factureninhalts ohne weiteres ergibt. Es kommt nun aber außerordent-

---

[7]) Vgl. hiezu Hanausek a. a. O. I S. 224, S. 219 fg. Anm. 7. — Als ein solcher dem Facturenempfänger präjudicirender Act wird schon das Beziehen der Waare von der Bahn nach Empfang der Factura erscheinen, außer es wäre dieß auch oder nur im Interesse des Absenders geschehen. Vgl. hiezu unten §. 10 Anm. 9a sowie den Slg. XVI Nr. 7064 mitgetheilten Fall. (B in Neuhäusel bestellte bei C in Preßburg eine Partie Waare und erhielt eine Woche darauf von A in Prag die Factura über die Waare, die nach einigen Tagen von B von der Bahnstation bezogen wurde, jedoch mangelhaft befunden und zur Disposition gestellt wurde. Von allen drei Instanzen wurde B mit Recht als Käufer, A als Verkäufer der Waare angesehen.)

[8]) Vgl. oben S. 6 zu Anm. 8.

[9]) Vgl. oben S. 7 und Anm. 11. (Hieher gehört namentlich auch die Angabe des Betrages der Provision des Einkaufscommissionärs.)

[10]) Z. B. es ist streitig, ob der Ansatz des Kaufpreises in der Factura vertragsmäßig ist und der Verkäufer führt an, es sei gegen den Facturenansatz seitens des Käufers eine Einwendung nicht erhoben worden. Im Sinne der folgenden Ausführung wird zu entscheiden sein, ob und inwieferne die unterlassene Beanstandung des facturirten Preises zu Gunsten des den facturirten Kaufpreis einklagenden Verkäufers spricht.

Digitized by Google

lich häufig vor, daß ein Bestellbrief nicht vorliegt (weil die Bestellung mündlich z. B. bei einem Reisenden des Verkäufers erfolgt) oder daß der Bestellbrief so gefaßt ist, daß er über Waare und Preis bzw. sonstige Nebenforderungen des Verkäufers (oder über einen dieser Punkte) nicht ausreichend specialisirten Nachweis liefert. Die Sache liegt dann so, daß die Factura überhaupt die einzige von einer Partei der anderen übermittelte Urkunde ist, welche eine vollständige schriftliche Fixirung des Vertragsinhalts enthält. Dieser Umstand sowie die Unsicherheit, manchmal erhebliche Schwierigkeit und Kostspieligkeit einer Beweisführung über den Inhalt einer etwaigen Bestellung rechtfertigt m. E. die Aufstellung folgender Beweisregeln:

α. Die unbeanstandet gebliebene Factura macht zu Gunsten des Verkäufers Beweis darüber, daß sich die Bestellung auf die facturirte Waare bezogen hat und daß die in der Factura angegebene Gegenleistung der Bestellung entspricht (vertragsmäßig ist).

β. Dem Käufer bleibt aber auch, wenn er einen dieser Facturavermerke nicht beanstandet hat, unbenommen, dessen Contractwidrigkeit darzuthun.

γ. Hat der Käufer einen der uns hier interessirenden Facturavermerke beanstandet und ist diese Beanstandung keine verspätete, so ist es Sache des Verkäufers, die Vertragsmäßigkeit dieses Facturavermerks darzuthun, Falls er einen diesem Vermerk conformen Anspruch gegen den Käufer geltend macht; verspätet beanstandet ist aber ein Facturavermerk dann, wenn die Beanstandung mit einer durch die Umstände des concreten Falles nicht gerechtfertigten Verzögerung erfolgte.[11])

[11]) Zur Lehre von der Beweislast vgl. Hanausek a. a. O. II S. 169 fg. Anm. 1. — Treffend bemerkt Dernburg, Pand. I §. 159: „In der Regel hat der Kläger die bestrittenen rechtsbegründenden Thatsachen zu beweisen, der Beklagte bestrittene Einredethatsachen und wiederum der Kläger Repliken, der Beklagte Dupliken. Diese Regel ist keine ausnahmslose. Eine mechanische Handhabung derselben führt zu Härten und Mißgriffen. Erwägungen der Billigkeit und der praktischen Erfahrung fallen vielmehr bei der Normirung der Beweislast entschieden in das Gewicht." — Bei der Normirung der Beweislast

Digitized by Google

Gegen diese Normirung der Beweislast wird vielleicht eingewendet werden, der Käufer, welcher es unterlassen hat, einen derartigen Facturavermerk rechtzeitig zu rügen, habe dadurch dessen Vertragsmäßigkeit stillschweigend anerkannt (§. 863 a.b.G.B.) und es sei ihm daher auch der Beweis der Vertragswidrigkeit des betreffenden Facturavermerkes abgeschnitten.[12])

Hierauf ist nun Folgendes zu erwidern: Der Käufer, welcher einen die Höhe der ihm obliegenden Gegenleistung beeinflussenden und darum wesentlichen Facturavermerk, den er später beanstandet, nicht rechtzeitig gerügt hat, hat, wie ohne weiteres

---

darf nicht etwa eine rein apriorische Betrachtung des logischen Verhältnisses der einzelnen relevanten, vom Richter festzustellenden Thatsachen Platz greifen. Das wichtigste Erforderniß jeder die Vertheilung der Beweislast normirenden Regel ist vielmehr das Requisit ihrer Practicabilität. (Vgl. Krainz-Pfaff I S. 150.) Man denke an folgenden Fall: Im §. 104 A. G. O. heißt es: „Wer ein Factum angeführt hat, er sei Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu erweisen; — —" Nun führt der klagende Darlehnsgläubiger das Factum der Nichtzahlung des Darlehns an und muß es anführen (vgl. Unger II §. 123 Anm. 26, §. 124 zu Anm. 26, §. 129 zu Anm. 30 und 31, Krainz-Pfaff I S. 151; abweichend aber z. B. Windscheid I §. 133 zu Anm. 6). Trotzdem braucht er diese Thatsache — die er, wenn nicht anders, so doch jedenfalls mittelst eines Haupteides beweisen könnte — anerkanntermaßen nicht zu beweisen. Vgl. u. A. Dernburg, Pand. I §. 159, Windscheid a. a. O., Unger a. a. O. und die II §. 123 Anm. 27 citirten Schriftsteller, Krainz-Paff a. a. O. Der Grund dieser Beweisregel ist der, daß der Beweis der Nichtzahlung dem Gläubiger unverhältnißmäßig schwieriger fiele, als der Beweis der Zahlung dem Schuldner, der sich mit Rücksicht auf §. 1426 a. b. G. B. sehr leicht ein Beweismittel für die erfolgte Zahlung verschaffen kann. Der Schuldner hat also die behauptete Zahlung der Schuld darum zu beweisen, weil diese Normirung der Beweislast billig und zweckmäßig ist. Aus alledem folgt, daß man bei Prüfung der im Texte formulirten Beweisregeln nicht etwa fragen darf, ob sie sich vom Standpunkte einer apriorischen Betrachtung der verschiedenen uns hier interessirenden Thatsachen rechtfertigen lassen, sondern einfach zu untersuchen hat, ob sie billig und zweckmäßig sind.

[12]) Vgl. die oben S. 34 Anm. 11 zusammengestellten Erkenntnisse; vgl. ferner B. G. Zürich, Goldschmidts Z. Schr. II S. 625, H. A. G. Nürnberg, ebenda XVII S. 212 fg. und S. 221 fg., A. H. Cöln, ebenda XXIII S. 532 fg., R. O. H. G. I Nr. 35 S. 128. Vgl. auch die unten S. 97 fg. Anm. 18 citirten Erkenntnisse.

Digitized by Google

zuzugeben ist, die Sorgfalt, die er dem Verkäufer zu beobachten schuldig war, verletzt. Daß ihn für sein Schweigen bzw. seine Säumniß ein Rechtsnachtheil treffe, ist daher recht und billig. Allein damit ist, wenn wir uns an das oben S. 36 fg. über das Schweigen als concludente Handlung Ausgeführte erinnern[13]), noch lange nicht gesagt, daß dieser Rechtsnachtheil gerade darin zu bestehen habe, daß er als dem fraglichen Facturavermerke zustimmend behandelt werde. Wir haben uns vielmehr, ehe wir den Käufer diesem Nachtheil unterwerfen, zu fragen, ob es denn recht und billig ist, einen vertragswidrigen Facturavermerk der uns hier interessirenden Art lediglich deshalb zu Gunsten des Verkäufers als zu Recht bestehend anzusehen, weil der Käufer denselben nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hat. M. E. ist nun diese Frage und zwar aus folgenden Gründen zu verneinen:

Der Verkäufer kann einen vertragswidrigen (bzw. rechtswidrigen) Facturavermerk loyaler Weise nur in doppelter Weise erklären. Entweder er sagt, er habe eine Abänderung des Kaufvertrages im Wege der Facturirung herbeiführen wollen, oder aber er behauptet, er habe sich bei Vornahme der vertragswidrigen Facturirung geirrt.[14]) Bezüglich der ersteren

---

[13]) Die Textirung des §. 863 a. b. G. B. („Man kann seinen Willen — auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen") ist eine so allgemeine, daß sie der oben gegebenen Darlegung der Gesichtspunkte, die es allein rechtfertigen können, in dem bloßen Schweigen eine „stillschweigende Willenserklärung" zu erblicken, gewiß nicht entgegensteht. — Ehrlich, Wiener Juristische Blätter S. 391 Anm. 60 ist der Ansicht, §. 863 a. b. G. B. sei durch die Artt. 278 und 279 derogirt. M. E. decken die Bestimmungen dieser beiden Artikel des Handelsgesetzbuchs und die in den angeführten Worten des §. 863 a. b. G. B. enthaltene Norm einander nicht. Art. 278 bezieht sich auf Erklärungen durch Worte (vgl. Motive zum preuß. Entwurf S. 104 fg.), Art. 279 aber spricht nur aus, daß der Handelssitte die Bedeutung eines Interpretationsmittels gegenüber Erklärungen, Handlungen und Unterlassungen zukomme.

[14]) Der Verkäufer, der den vertragswidrigen (rechtswidrigen) Facturavermerk nicht im Sinne einer dieser beiden Alternativen erklären wollte, müßte sich ja selbst einer versuchten Irreführung des Käufers beschuldigen.

Digitized by Google

Alternative ist nun zu sagen, daß die Factura also eine Urkunde, die der Verkäufer erst ausstellt, wenn er liefert, mithin in gewissem Sinne eine vollendete Thatsache schafft, doch nicht die Bestimmung hat, der Aufnahme neuer Vertragspropositionen zu dienen, daß daher der Verkäufer, indem er sich zu diesem Zwecke der Factura bediente, willkürlich handelte und eine allzustrenge Beurtheilung des Käufers, welcher den betreffenden später bestrittenen Facturavermerk gar nicht oder nicht rechtzeitig rügte, daher gewiß nicht am Platze wäre.[15]) Was aber die letztere Alternative betrifft, so meine ich, daß wenn der Verkäufer seinerseits beansprucht, auf einen dem Käufer nachtheiligen durch sein (des Verkäufers) eigenes Versehen veranlaßten Irrthum aufmerksam gemacht zu werden, es doch sicherlich billig ist, dem Käufer sein Verschulden bei Prüfung der Factura bzw. die durch die Unterlassung oder Verspätung der Rüge begangene Incorrectheit nicht zu hoch anzurechnen. Wir sehen also, daß wenn ein vertragswidriger Vermerk so wesentlichen Inhalts in die Factura Aufnahme gefunden und der Käufer diesen später beanstandeten Vermerk gar nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hat, beide Parteien nicht ganz correct gehandelt haben. Dieser Sachlage entspricht es, in dem Schweigen bzw. der Säumniß des Käufers eine concludente Handlung nicht zu erblicken, sondern vielmehr dem schweigenden bzw. säumigen Käufer den Beweis der Vertragswidrigkeit (Rechtswidrigkeit)

---

[15]) Vgl. hiezu die in diesem Punkte durchaus zutreffenden Ausführungen des H. A. G. Nürnberg, Goldschmidts Z. Schr. IX S. 377 fg., sowie des A. H. Cöln, ebenda XXIII S. 534 fg. — Zum Belege für das im Texte bemerkte diene uns folgendes Beispiel: A kauft am 1. Jänner beim Kunsthändler B das Bild c fest um den Preis von 1000 fl.; das Bild ist am 1. März abzuliefern. Am 15. Jänner schreibt B an A, er könne ihm das Bild, für welches ihm inzwischen bedeutend höhere Anbote gemacht worden seien, nur um 1200 fl. ablassen. Wir werden nicht daran zweifeln, daß A diesen Brief ruhig unbeantwortet lassen und trotzdem am 1. März Lieferung des Bildes gegen Zahlung von 1000 fl. zu fordern berechtigt bleibt. Es ist nicht abzusehen, warum die Position des B eine günstigere sein sollte, wenn er erst am 1. März mit dem Bilde eine Factura sendet, in welcher der Preis mit 1200 fl. angegeben ist, vorausgesetzt eben nur, daß die ursprüngliche Preisverabredung vom Käufer A nachgewiesen werden kann.

Digitized by Google

einerseits aufzuerlegen, andererseits aber auch vorzubehalten.[16])

Der Käufer, welcher einen die Höhe der ihm obliegenden Gegenleistung, mithin ein essentiale negotii normirenden Facturavermerk nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hat, muß also, wenn er denselben später mit Erfolg bestreiten will, dessen Vertragswidrigkeit darthun. Zu diesem Behufe braucht der Käufer nicht gerade darzuthun, daß der Facturavermerk einer zwischen den Parteien getroffenen ausdrücklichen Vereinbarung zuwiderlaufe. Die Factura darf vielmehr auch denjenigen Vertragsbestimmungen nicht widersprechen, die stillschweigend der lex contractus einverleibt wurden.[17]) Es kommt auch vor, daß

[16]) Man denke an folgenden Fall: A kauft von B eine Quantität Waare um den fest vereinbarten Preis von 100 Mark In Folge eines Versehens des B wird der Preis in der Factura mit 100 Gulden notirt, der betreffende Facturavermerk aber seitens des A nicht gerügt. Alle diese Thatsachen werden im Processe festgestellt. Wird man bei dieser Sachlage wirklich behaupten wollen, A habe den Preisansatz in der Factura genehmigt und sei 100 Gulden zu zahlen schuldig? — In den meisten Processen, in denen unsere Frage zur Sprache kommt, ist nun freilich die Differenz zwischen dem vom Verkäufer beanspruchten und dem vom Käufer zugestandenen Betrage keine so crasse. Ueberdieß vermag aber der Käufer die Vertragswidrigkeit des von ihm nicht gerügten Facturavermerks regelmäßig nicht darzuthun. Daraus erklärt es sich, daß man so häufig als Rechtsfolge der Nichtmonirung des betreffenden Facturavermerks ohne weiteres das Genehmigungspräjudiz eintreten läßt, anstatt zu sagen, der nicht gerügte Facturavermerk bestehe deshalb zu Lasten des Käufers zu Recht, weil er dessen Vertragswidrigkeit darzulegen außer Stande sei. Vgl. hiezu auch Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 262 fg. Anm. 27 und H. A. G. Nürnberg, Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 531 fg. („Nimmt der Käufer die übersendete Waare ohne Einwendungen gegen die Factura an, so drückt er nach kaufmännischer Rechtsanschauung dadurch factisch sein Einverständniß mit den hierin proponirten Preisen, wenn nicht schon geringere vereinbart waren — — aus").

In dem Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 532 fg. mitgeth. Erkenntniß des A. H. Cöln heißt es dagegen freilich, „daß der durch die widerspruchslose Annahme erfolgenden Genehmigung der Factura gegenüber auf Behauptungen und Beweiserbieten über angebliche Verabredungen abweichenden Inhalts nicht zurückgegangen werden kann".

[17]) Z. B. der Facturavermerk widerspricht der bisher zwischen den Parteien constant gepflogenen Uebung. R. O. H. G. I Nr. 35 S. 128 hebt

Digitized by Google

eine Bestimmung der Höhe des Kaufpreises in der Bestellung bzw. während der vor der Lieferung der Waare von den Parteien geführten Verhandlungen nicht erfolgt.[18]) In solchen Fällen ist der Käufer zur Zahlung des facturirten (von ihm nicht oder nicht rechtzeitig gerügten, später aber bestrittenen) Preisansatzes zu verurtheilen, es wäre denn, daß ihm der regelmäßig schwierige Beweis gelingt, der facturirte Preis widerspreche dem Rechtssatze, welcher bestimmt, daß der Verkäufer, wenn es an einer Bestimmung über die ihm gebührende Gegenleistung fehle, kein unbilliges Entgelt fordern dürfe und sei daher contractwidrig.[19]) Der gleiche Grundsatz gilt

---

mit Recht hervor, daß der Käufer einem derartigen Facturavermerk nicht zu widersprechen braucht, um ihn später mit Erfolg bestreiten zu können. Oder der Facturavermerk weicht von einer im concreten Falle als lex contractus geltenden Usance ab. Vgl. H. G. Hamburg, Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 538. (Hier war der Facturavermerk darum zu Gunsten des Verkäufers wirksam, weil derselbe usancemäßig war, der Käufer also die Vertragswidrigkeit des vorher nicht gerügten Facturavermerks nicht dargethan hatte.)

[18]) Vgl. z. B. den Slg. VIII Nr. 3978 mitgetheilten Fall.

[19]) Die Frage, ob ein Vertrag wirksam ist, in welchem über die Höhe der dem Erwerber der Sache obliegenden Gegenleistung nichts gesagt ist, ist bekanntlich bestritten; ebenso ist es streitig, ob ein solcher Vertrag als Kauf oder aber als Innominatcontract aufzufassen ist. Vgl. über diese viel besprochene Controverse u. A. Thöl, H. R. §. 252 Nr. 1, Goldschmidt H. R. II §. 64b S. 123 (2. Aufl.), Windscheid II §. 386 zu Anm. 5e und die bei diesen Schriftstellern angeführte Literatur. Windscheid a. a. O. formulirt „Hieher gehört auch der Fall, wo über den Kaufpreis gar nichts gesagt ist; die Meinung der Vertragschließenden ist, daß der Verkäufer solle fordern dürfen, aber daß er nichts Unbilliges solle fordern dürfen." Ich schließe mich Windscheids Auffassung an, glaube jedoch, daß diese Interpretation des Vertragswillens in That und Wahrheit ein dispositiver Rechtssatz ist.

Vermag der Käufer darzuthun, daß der facturirte Preis von dem Marktpreis (Börsenpreis) bzw. dem üblichen Preis nicht unerheblich abweicht, so braucht er denselben (auch wenn er den betreffenden Facturavermerk nicht gerügt hat) nicht gegen sich gelten zu lassen. In anderen Fällen müßte der Käufer die Unbilligkeit des in der Factura angesetzten Preises durch Vergleichung mit dem — eventuell durch einen Sachverständigen-Beweis zu ermittelnden — gemeinen Werth der Sache darthun. (Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 125, sowie die Goldschmidts Z. Schr. IV

Digitized by Google

m. E. auch dann, wenn der bestrittene — nicht oder nicht rechtzeitig gerügte — Facturavermerk sich auf einen zur Kaufpreis-

S. 398 fg. und S. 399 fg. mitgetheilten Erkenntnisse des O. A. G. Dresden.) — Es wäre unrichtig, ohne weiteres zu argumentiren, der Käufer habe den nicht bzw. nicht rechtzeitig gerügten Preisansatz in der Factura durch sein Schweigen bzw. seine Säumniß genehmigt. Der Preisansatz in der Factura ist, auch wenn eine Vereinbarung über den Preis der Lieferung nicht vorausgegangen ist, nicht ein Offert, sondern eine mit Beziehung auf ein vorher abgeschlossenes Kaufgeschäft bzw. eine vorhergegangene Bestellung abgegebene Erklärung des Verkäufers. Der Käufer, welcher den Facturaansatz nicht bzw. nicht rechtzeitig rügt, verletzt allerdings die dem Verkäufer gegenüber zu beobachtende Sorgfalt und handelt vor allem in seinem eigenen Interesse sorglos. Er büßt aber seine Saumseligkeit schwer genug damit, daß ihm nunmehr der Beweis der behaupteten Unbilligkeit des Preisansatzes trifft und daß im Zweifel gegen ihn erkannt wird. Namentlich im Verkehre zwischen Kaufleuten und Personen, die Waaren zum eigenen persönlichen Gebrauch beziehen, werden Fälle gar nicht so selten sein, in welchen eine vorherige Preisvereinbarung nicht erfolgt und der Verkäufer dann einen offensichtlich unbilligen — z. B. von dem üblichen Preise stark abweichenden — Preis in der Factura ansetzt. Soll eine Anfechtung des angesetzten Preises dann darum allein schlechthin ausgeschlossen sein, weil der sorglose Besteller im Vertrauen auf die geschäftliche Solidität des Verkäufers den facturirten Preis nicht rechtzeitig bemängelt hat? Der Sorglosigkeit des Empfängers steht dann doch eine offenbar viel größere Uncorrectheit des Absenders gegenüber. Auch ist zu sagen, daß, wer eine Waare ohne vorherige Preisvereinbarung liefert, immer ein gewisses Risico auf sich nimmt und sich nicht beklagen darf, wenn dem Abnehmer die Möglichkeit, den facturirten — wenngleich nicht beanstandeten — Preis anzufechten nicht gänzlich benommen wird.

Vgl. zu dem im Text bemerkten R. O. H. G. III Nr. 23 S. 112 fg. Der Fall war folgender: Der Käufer hatte die Preisansätze in der Factura nicht beanstandet, eine ausdrückliche Vereinbarung des geforderten Preises war nicht festgestellt. Die zweite Instanz hatte bemerkt, es liege dem Käufer „der Nachweis von thatsächlichen Vorgängen ob, welche geeignet erscheinen, die Annahme zu rechtfertigen, daß in Ansehung der Preisbestimmung nicht die Facturaansätze maßgebend seien". Das R. O. H. G. stimmt dieser m. E. durchaus zutreffenden Formulirung bei und fügt hinzu: die Annahme und das Behalten der mit Preisnote übersandten Waare lasse „der Regel nach eine andere Auffassung als die der factischen Preisgenehmigung nicht zu". Das R. O. H. G. schließt also die Möglichkeit der Anfechtung der nicht beanstandeten Preisansätze in der Factura nicht schlechthin aus. Auf einem anderen Standpunkte steht freilich das Erk. des O. G. Wolfenbüttel, Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 220 fg.

Digitized by Google

forderung hinzutretenden (accessorischen) Anspruch des Verkäufers bezieht (z. B. also einen Preisansatz für die Emballage enthält) und aus der Bestellung bzw. den zwischen den Parteien früher geführten Verhandlungen sich keinerlei Anhaltspunkte für die Feststellung dessen gewinnen lassen, was dieselben bezüglich des durch den Facturavermerk normirten Punktes gewollt haben.[20])

---

[20]) Man denke an folgenden Fall: In der Factura ist ein bestimmter Betrag als Vergütung für die Emballage (Emballagematerial, Arbeitsaufwand) angesetzt. Der Käufer hat den betreffenden Facturavermerk gar nicht oder nicht rechtzeitig gerügt. Eine früher ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Vereinbarung über die für die Emballage zu leistende Vergütung ist nicht nachweisbar. Der Käufer muß dann den Facturavermerk gegen sich gelten lassen, außer er vermag nachzuweisen, daß der vom Verkäufer beanspruchte Betrag unbillig hoch bemessen ist (z. B. also außer Verhältniß steht mit dem Werthe des für die Emballage verwendeten Materials und des für die Emballirung erforderlichen Arbeitsaufwandes). Daß dieser Beweis dem Käufer nicht schlechthin abgeschnitten werden darf, ergibt sich aus dem in der vorigen Anmerkung bemerkten. Die erwähnte Beweisführung wird in der Regel eine sehr schwierige sein. In der Ueberzahl der Fälle wird daher das Schweigen bzw. die Säumniß des Käufers dem praktischen Ergebniß nach eine Genehmigung des Facturavermerks bedeuten.

Das in der vorigen Anmerkung erwähnte Erk. des R. O. H. G. III Nr. 23 S. 112 fg. steht auch, was die oben erwähnte Frage betrifft, auf dem richtigen Standpunkt. Der Käufer hatte die in den Facturen angesetzten Beträge für Emballage (Verpackung und Stroh) nicht beanstandet, im Processe aber seine Verpflichtung zu deren Zahlung bestritten. Das R. O. H. G. argumentirt nun nicht etwa, der Käufer habe die Facturazusätze durch sein Schweigen genehmigt, sondern prüft auf Grundlage des von den Parteien vorgebrachten Thatsachenmaterials die Stichhaltigkeit der Einwendung des Käufers und gelangt auf diesem Wege zur Zurückweisung derselben.

Der einen Preisansatz für die Emballage enthaltene Facturavermerk ist, auch wenn früher eine Vereinbarung über diesen Punkt nicht getroffen wurde, nicht etwa ein bloßes Offert des Verkäufers. (Vgl. oben Anm. 19. Anders aber H. G. Hamburg, Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 358, R. O. H. G. VI Nr. 34 S. 167.) Denn auch hier liegt eine einen vorher abgeschlossenen Vertrag, bzw. eine vorhergegangene Bestellung betreffende Erklärung des Verkäufers und zwar eine Erklärung vor, die sich auf eine zu dessen Hauptforderung hinzutretende Nebenforderung bezieht. Wir durften daher die einen Preisansatz für die Emballage enthaltenden Vermerke bezüglich der Rügepflicht und eventuellen Anfechtbarkeit nach den-

Digitized by Google

Die Möglichkeit, einen nicht bzw. nicht rechtzeitig gerügten Facturavermerk anzufechten, entfällt aber — wie ich zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich hervorhebe — wenn der Käufer eine Handlung gesetzt hat, die der Sachlage nach nur die Deutung zuläßt, er habe den betreffenden Facturavermerk genehmigen wollen. Hat z. B. der Käufer über die gesammte ihm zugesendete und facturirte Waarenpartie disponirt, so darf er dann nicht behaupten, ein Theil der Waare sei nicht bestellt gewesen; er müßte die gesammte facturirte Waare als gekauft gelten lassen und zwar natürlich auch dann, wenn er den betreffenden Facturavermerk umgehend gerügt hätte.[21]) Daraus, daß der Käufer einen Facturavermerk rügt bzw. eine die Lieferung betreffende Ausstellung macht, folgt aber noch nicht, daß er als die übrigen — in dem betreffenden Schreiben nicht berührten, die Höhe der ihm obliegenden Gegenleistung beeinflussenden — Facturavermerke genehmigend anzusehen ist.[22])

Hat der Käufer einen Facturavermerk der uns hier interessirenden Art rechtzeitig gerügt, so hat der Verkäufer, inso-

selben Grundsätzen beurtheilen, wie Facturavermerke, die die Höhe der Hauptforderung selbst beeinflussen.

Ueber Facturavermerke, durch welche der Verkäufer eine Vergütung für miethweise Ueberlassung von Emballagematerialien anspricht, sowie über Facturavermerke, durch welche dem Käufer zugestanden wird Emballagematerialien zu retourniren (vgl. oben S. 7 Anm. 11), wird unten S. 72 fg. näheres zu sagen sein.

[21]) Man beachte, daß nicht in Frage steht, ob das facturirte Quantum wirklich geliefert wurde, sondern daß der Käufer geltend zu machen versucht, der die Quantität der gelieferten Waare angebende Facturavermerk sei vertragswidrig.

[22]) Zu weit geht daher meines Erachtens R. O. H. G. III Nr. 7 S. 47 fg. (Die Einwendungen des Käufers, ein Theil der Waare sei nicht bestellt und die Preisansätze seien zu hoch gewesen, waren nicht darum zurückzuweisen, weil er in seinem die Beschaffenheit der Waare rügenden — nach mehr als 6 Monaten nach Empfang der Waare abgesendeten und daher verspäteten — Schreiben die betreffenden Facturavermerke nicht auch beanstandet hatte. Diese Einwendungen waren vielmehr darum zurückzuweisen, weil der Käufer bezüglich derselben beweispflichtig war, dieselben aber nicht einmal ausreichend substantiirt hatte. Ich meine also, daß das R. O. H. G. sich auf den letzten Grund hätte beschränken müssen.)

Digitized by Google

ferne er nicht zu beweisen vermag, daß der Käufer den betreffenden Facturavermerk ausdrücklich genehmigt bzw. eine Handlung gesetzt hat, die als Genehmigung desselben zu deuten ist[23]), dessen Vertragsmäßigkeit darzulegen. Den Beweis der Vertragsmäßigkeit eines rechtzeitig gerügten Facturavermerkes wird der Verkäufer dadurch erbringen, daß er entweder nachweist, dieser Vermerk stimme mit der Bestellung bzw. mit dem überein, was zwischen den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde[24]) oder daß er darlegt, das in dem Vermerk beanspruchte Entgelt sei ein billiges.[25])

Für die Beantwortung der — bisher offen gelassenen — Frage, binnen welcher Frist eine einen Facturavermerk beanstandende Mittheilung erfolgt sein müsse, damit dieselbe als rechtzeitig erscheine, fehlt es — wie nach allem vorbemerkten selbstverständlich ist — an einem gesetzlichen Anhaltspunkte.[26]) Wir müssen uns daher mit folgender allgemeinen Formulirung begnügen: Erfolgt die Rüge so spät, daß man sagen muß, der Verkäufer habe das Einlangen einer die Richtigkeit der Factura bestreitenden Mittheilung nicht mehr erwarten dürfen, so wird die Rüge als verspätet zu behandeln sein, insoferne nicht die Umstände des concreten Falles die Verzögerung des betreffenden Schreibens entschuldigen. Bei der Prüfung der eben erwähnten Momente wird dem freien richterlichen Ermessen weitester Spielraum einzuräumen sein.[27])

---

[23]) Vgl. das oben zu Anm. 21 bemerkte.

[24]) Vgl. oben Anm. 17.

[25]) Vgl. oben Anm. 19 und O. G. Wolfenbüttel, Goldschmidts Z/Schr. XVII S. 220 fg.

[26]) Art. 319 H. G. paßt offenbar nicht, da es sich weder um ein Offert, noch um die Frage, wie lange der Verkäufer an eine von ihm abgegebene Erklärung gebunden sei, handelt. Auch an Art. 347 Abs. 1 H. G. darf nicht gedacht werden, da diese gesetzliche Bestimmung ja einen ganz anderen Thatbestand voraussetzt. Vgl. hiezu Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 49 Anm. 4 letzter Absatz v. u.

[27]) Eine Rüge, welche als verspätet erscheinen würde, wenn ein Großhändler Käufer war, wird vielleicht als rechtzeitig abgesendet anzusehen sein, wenn der Käufer ein Detailhändler oder aber ein Nichtkaufmann ist, der die Waare für sein eigenes persönliches Bedürfniß bezogen hat. —

Digitized by Google

Der Käufer ist, wie wir gehört haben, ex contractu verpflichtet, einen ihm nicht genehmen Facturavermerk der uns hier interessirenden Art rechtzeitig zu rügen. Ein Contrahent, der sich darauf beruft, er sei einer contractlichen Verpflichtung nachgekommen und aus diesem Gesichtspunkte eine ihm juristisch vortheilhafte Situation in Anspruch nimmt, hat zu beweisen, daß er dieser seiner contractlichen Verpflichtung nachgekommen ist.[28]) Hieraus folgt, daß es Sache des Verkäufers ist, zu beweisen, er habe einen der im vorhergehenden besprochenen Facturavermerke rechtzeitig gerügt.[29]) Steht aber fest, daß der

---

Daß eine im Sinne des Art. 347 erstattete Mängelanzeige oder aber die Mittheilung des Käufers, „er stelle die Waare zur Disposition", die Rüge eines rechtsgeschäftlichen Facturavermerks nicht ersetzt, braucht nach allem bisher bemerkten kaum mehr ausdrücklich hervorgehoben zu werden. Vgl. aber auch unten S. 98 fg. Anm. 19.

[28]) Eine Consequenz dieses Grundsatzes ist die bekannte Beweisregel, die den aus einem gegenseitigen Contracte die Gegenleistung beanspruchenden Contrahenten verpflichtet, zu beweisen, daß er seinerseits erfüllt habe.

[29]) Auf einem anderen Standpunkte steht das Erkenntniß des R. O. H. G. XX Nr. 38 S. 125 fg., welches sich zwar auf einen Fall anderer Art bezieht, dessen Argumentation aber auch für unseren Fall von Interesse ist. Der Kunde eines Banquiers hatte von demselben Abrechnungen erhalten, aus deren vorbehaltloser Annahme geschlossen werden sollte, der Kunde habe die Abrechnungen als richtig anerkannt. Die Frage war nun die: Ist es Sache des Kunden, darzulegen, daß er die Abrechnungen beanstandet habe oder aber ist es umgekehrt Sache des Bankiers zu beweisen, der Kunde habe nicht monirt, die Abrechnungen also vorbehaltlos angenommen. Das R. O. H. G. stellt sich auf den letzteren, dem Kunden günstigen Standpunkt. Meine Auffassung ist eine andere. Aus dem vorbehaltlosen Annehmen einer Abrechnung kann nur dann auf eine Genehmigung derselben geschlossen werden, wenn der Empfänger derselben zu einer Beanstandung der ihm nicht genehmen Posten mit Rücksicht auf die zwischen den beiden Streittheilen bestehende contractliche Beziehung verpflichtet war. Lag aber eine solche contractliche Aeußerungspflicht (Monirungspflicht) vor, dann muß m. E. der ex contractu monirungspflichtige Theil darthun, daß er rechtzeitig monirt habe; nicht aber ist es Sache des anderen Contrahenten (des Banquiers) zu beweisen, daß der Kunde nicht gerügt, bzw. die Abrechnung vorbehaltlos angenommen habe. Gegen diese Auffassung darf auch nicht mit dem R. O. H. G. a. a. O. S. 127 geltend gemacht werden, daß durch dieselbe „der Verkehr — in nicht geringem Maße erschwert werden würde". Denn so gewiß der dem Kunden auferlegte Beweis der

Digitized by Google

Käufer einen eine ordnungsmäßige Rüge des betreffenden bestrittenen Facturavermerks enthaltenden Brief rechtzeitig und gehörig abgesendet hat[30]), dann trägt allerdings der Verkäufer die Gefahr des Nichteinlangens oder des verspäteten Eintreffens dieses Briefes.[31])

Monirung unter Umständen erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt, so gewiß wäre auch der auf eine Negative (die Nichtmonirung) zu richtende Beweis des Banquiers häufig ein schwieriger. Ich kann demnach dem eben erwähnten Argument des R. O. H. G. entscheidende Bedeutung nicht zuerkennen.

[30]) Vgl. hiezu Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 15 fg. Anm. 34 und 35 ebenda, S. 347 und die daselbst citirte Literatur und Spruchpraxis.

[31]) Von einer Verletzung der dem Käufer ex contractu obliegenden Rügepflicht kann ja im Falle gehöriger und rechtzeitiger Absendung des Briefes nicht mehr die Rede sein. Daß der Käufer bei der Absendung mit gehöriger Diligenz vorgegangen ist, hat er zu beweisen. Vgl. Hanausek a. a. O. II S. 16.

Digitized by Google

§. 6.

III. Die Factura enthält häufig einen Vermerk, welcher sich auf den Zahlungstermin bezieht (also z. B. ausspricht, es werde sofortige Zahlung erwartet oder aber die dem Käufer zustehende Zahlungsfrist hervorhebt), ferner häufig einen Vermerk, welcher der dem Käufer im Falle sofortiger Zahlung erwachsenden Vortheile erwähnt.[1]) Da der Kaufpreis im Zweifel bei der Uebergabe zu entrichten ist (Art. 342 Abs. 3 H. G.) und da der Schuldner, welcher vorzeitig zahlt, im Zweifel „den Disconto abzuziehen" nicht berechtigt ist (Art. 334 Abs. 2) ein Facturavermerk der eben erwähnten Art daher den Käufer niemals ungünstiger stellt, als die gesetzlichen Dispositivnormen, so ist es Sache des den Facturavermerk anfechtenden Käufers darzuthun, daß ihm nach der Natur des Geschäftes oder nach der Bestimmung des Vertrages oder nach Handelsgebrauch eine Zahlungsfrist zustehe und wie lange dieselbe sei bzw. darzulegen, welcher Disconto ihm in Falle sofortiger oder früherer Zahlung nach Uebereinkunft oder Handelsgebrauch gebühre.[2]) Eine aus einem der eben erwähnten Gesichtspunkte begründete Anfechtungsbefugniß verliert der Käufer dadurch allein, daß er den betreffenden Facturavermerk nicht oder nicht rechtzeitig gerügt hat, nicht.[3])

---

[1]) Vgl. oben S. 8 Anm. 12 und 13.

[2]) Die Formulirung im Texte ist durch den Wortlaut des Art. 342 Abs. 3 bzw. des Art. 334 Abs. 2 H. G. gerechtfertigt.

[3]) Dieß ergibt sich aus dem oben S. 48 fg. bemerkten. Vgl. den Goldschmidts Z. Schr. IX S. 377 fg. mitgeth. Rechtsfall, den das H. A. G. Nürnberg auf Grund einer freilich nicht ganz zutreffenden Begründung richtig entscheidet, sowie die in den Wiener Jurist. Blättern 1890 S. 312 fg. mitgeteilten Entscheidungen. Der diesen Erkenntnissen zu Grunde liegende Sachverhalt war

Digitized by Google

Erklärt der Verkäufer in der Factura, er werde für den Fall der Ueberschreitung des Verfalltages einen bestimmten Percentsatz an Verzugszinsen (vgl. oben S. 10) berechnen, so ist, insoferne die Voraussetzungen des Art. 289 H. G. vorliegen[4]), zu unterscheiden, ob der Facturavermerk mit der Dispositivvorschrift dieses Artikels übereinstimmt oder nicht. Im ersteren Falle (also wenn nicht mehr als 6 % Zinsen vom Tage der Fälligkeit an berechnet werden) wäre es Sache des Käufers, die Ver-

---

folgender: In der Factura hieß es: „Rest 105 fl., zahlbar 25 fl. nach Empfang, 25 fl. am 1. Sept. 1888, 25 fl. am 1. Dec. 1888 und 30 fl. am 1. März 1889 bei Terminverlust." Käufer bezahlte (von dem ganzen Kaufpreis von 120 fl.) nur 40 fl., wurde mit 1. Sept. terminverlustig und hierauf auf Zahlung der noch ausständigen 80 fl. belangt. Beklagter berief sich auf ein mit N., dem Handlungsreisenden des Klägers, mit welchem er den Kaufvertrag abgeschlossen hatte, getroffenes Übereinkommen, „daß der Kaufschilling bis zum 1. April 1889 ausbezahlt sein müßte", die am 19. Nov. 1888 eingebrachte Klage sei daher verfrüht und die am 29. März 1889 erfolgte Zahlung von 80 fl. rechtzeitig geschehen (Kläger hatte später die Klage auf 5 % Verzugszinsen von 80 fl. bis zum 30. März 1889 und die Gerichtskosten restringirt). Zum Beweise für das behauptete mit N. geschlossene Uebereinkommen war dieser vom Beklagten als Zeuge geführt worden, der angebotene Zeugenbeweis war aber, weil N. nicht aufzufinden war, nicht durchführbar. Die I. Instanz (B. G. Leopoldstadt in Wien) erkannte im Sinne des Klagebegehrens, wenn der Geklagte den ihm zurückgeschobenen Haupteid dahin, das von ihm behauptete Übereinkommen mit N. sei abgeschlossen worden, nicht ablegt. Das O. L. G. und der O. G. H. dagegen gaben dem Klagebegehren unbedingt statt, weil Beklagter die Factura anstandslos angenommen bzw. gegen die in derselben zum Ausdruck gebrachte Fassung der Zahlungsbedingnisse keine Reclamation erhoben habe. Ich stimme der Entscheidung der ersten Instanz bei, weil, wie das B. G. richtig bemerkt, die anstandslose Annahme der Factura an dem ursprünglichen, von dem Kläger durch seinen Reisenden N. mit dem Geklagten abgeschlossenen Vertrage nichts geändert hat und die Entscheidung des Rechtsstreites daher davon abhängig zu machen war, ob Beklagter den Abschluß dieses Uebereinkommens zu beweisen in der Lage sein werde.

[4]) Käufer und Verkäufer müssen Kaufleute sein und das Geschäft muß beiderseitiges Handelsgeschäft sein, damit Art. 289 Anwendung finde. Ob man die im Sinne des Art. 289 zu leistenden Zinsen Verzugszinsen nennt (vgl. z. B. v. Hahn II., §. 1 zu Art. 289 S. 104) oder aber diese Bezeichnung vermeidet (vgl. z. B. Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht I S. 275 Anm. 33) ist in der uns hier interessirenden Beziehung irrelevant.

Digitized by Google

tragswidrigkeit des Facturavermerkes darzuthun.[5]) Im letzteren Falle ist dagegen zu sagen, daß es — mag nun der Käufer den Facturavermerk gerügt oder dessen Beantwortung unterlassen haben — dem Verkäufer obliegt, die Vertragsmäßigkeit des bestrittenen Facturavermerks darzuthun. Diese Entscheidung ist durch folgende Erwägung gerechtfertigt: Der Verkäufer, der den zahlungssäumigen Käufer eventuell einer ungewöhnlichen Rechtsfolge unterwerfen will, hat dafür zu sorgen, daß eine entsprechende Vereinbarung vorher getroffen wird und daß er sich die Möglichkeit, diese Vereinbarung erforderlichenfalls zu beweisen, wahre. Hat er eines oder das andere unterlassen, so darf er nicht erst die Factura dazu benützen, die ihm erwünschte Vereinbarung zu proponiren bzw. sich für dieselbe ein Beweismittel zu sichern. Ich meine also, daß ein Verkäufer, der erst in die Factura eine Clausel der erwähnten Art einrückt, willkürlich handelt und eben darum sich nicht über eine Verletzung der bona fides seitens des Käufers beschweren darf, wenn dieser den Facturavermerk unbeanstandet läßt, später aber dessen verpflichtende Kraft bestreitet.[5a]) — Ist der Empfänger der Factura nicht Kaufmann oder liegen die Verhältnisse sonst so, daß Art. 289 H. G. außer Betracht bleibt, so sind dem Verkäufer Verzugszinsen ex lege auf Grund der einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts[6]) zuzusprechen. Im Verhältniß zu diesen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts wird nun ein Facturavermerk der hieher gehörigen Art den Käufer fast ausnahmslos ungünstiger stellen. Es wird daher in solchen Fällen aus dem früher angegebenen Grunde, mag nun der Käufer den Facturavermerk gerügt oder nicht gerügt haben, Sache des Verkäufers sein, die Vertragsmäßigkeit des bestrittenen Facturavermerks zu beweisen.

---

[5]) Dieser Anfechtungsbefugniß wird der Käufer dadurch nicht verlustig, daß er den Facturavermerk nicht bzw. nicht rechtzeitig gerügt hat. (Vgl. hiezu das oben S. 48 fg. bemerkte.)

[5a]) Vgl. hiezu auch unten Anm. 26a.

[6]) Vgl. §. 1334 a. b. G. B., §. 2 des Ges. vom 19. Juni 1868 Nr. 62 R. G. Bl. in dessen durch das Gesetz vom 15. Mai 1885 Nr. 77 R. G. Bl. normirten Fassung.

Digitized by Google

IV. Häufig enthält die Factura einen Vermerk, durch welchen dem Käufer eine bestimmte Zahlungsmanipulation vorgeschrieben wird.[7]) Vermag der Käufer nicht darzuthun, daß ein solcher Vermerk ihn in vertragswidriger bzw. unbilliger Weise beschwere, so ist er insoferne an den Facturavermerk gebunden, als er für die aus der Nichtbeobachtung der betreffenden Instruction erwachsenden Mehrkosten aufzukommen hat.[8]) Ertheilt der Verkäufer dem Käufer eine Instruction über das bei der Berichtigung des Kaufpreises mittelst eines Wechsels zu beobachtende Verfahren, so ist der Käufer, falls er die in diesem Zahlungsmodus gegenüber der sofortigen Baarzahlung liegende Begünstigung überhaupt in Anspruch nehmen will, an die Beobachtung dieser Instruction gebunden, soferne er deren Vertragswidrigkeit nicht darzulegen vermag.[9])

Manchmal enthält, wie wir gehört haben, die Factura die Weisung, der Kaufpreis sei nur an den Verkäufer oder eventuell nur an einen gehörig bzw. an einen in bestimmter Weise legitimirten Vertreter zu bezahlen.[10]) Hat der Käufer bei Vornahme der Zahlung einen derartigen Facturavermerk ignorirt, so wird er nur dann liberirt, wenn er beweist, entweder der

---

[7]) Vgl. oben S. 9.

[8]) Solche Facturavermerke enthalten Instructionen, die bei den heutigen Verkehrsverhältnissen manchmal unvermeidlich, normaler Weise aber dem Käufer nur erwünscht sein können. Eben darum meine ich, daß der Käufer an einen solchen Facturavermerk in dem im Texte erwähnten Sinne gebunden ist.

[9]) Vgl. oben S. 9, sowie Anm. 15 ebenda. — Die Anfechtungsbefugniß ist auch hier (wie in dem zu Anm. 7 erwähnten Falle) nicht dadurch bedingt, daß er den Facturavermerk rechtzeitig gerügt hat. (Vgl. oben S. 48 fg.). — Vgl. R. O. H. G. XVII Nr. 58 S. 273 fg. Hier handelte es sich um die Clausel „Bei Rimessen auf Nebenplätze übernehme ich keine Verantwortlichkeit wegen Protest und Verspätung." Der Käufer war, wie das R. O. H. G. mit Recht annimmt, an die Clausel gebunden; nicht weil er — wie das R. O. H. G. ausführt — dieselbe durch vorbehaltlose Annahme der Factura stillschweigend anerkannt hatte, sondern weil er von der ihm gewährten Begünstigung, den Kaufpreis mittelst Wechsels zu berichtigen, Gebrauch gemacht und die Vertragswidrigkeit der Clausel gar nicht behauptet hatte.

[10]) Vgl. oben S. 9 fg. sowie Anm. 20.

Digitized by Google

Zahlungsempfänger sei zur Empfangnahme einer derartigen Zahlung bevollmächtigt bzw. solutionis causa adiectus gewesen, oder der Verkäufer habe das vollmachtslose Handeln des Zahlungsempfängers genehmigt oder endlich der Zahlungsempfänger habe den eincassirten Betrag dem Verkäufer abgeliefert. Die Bedeutung eines derartigen Facturavermerks ist also zunächst einmal die, daß der denselben ignorirende Käufer den liberatorischen Effect seiner Zahlung in der erwähnten Weise besonders darzulegen hat, während er, falls er den Facturavermerk bei Vornahme der Zahlung beachtet hat, ohne weiteres liberirt wird.[11]) Ein Facturavermerk der erwähnten Art ist aber auch insoferne von Bedeutung, als der Käufer, wenn er denselben bei der Zahlung unbeachtet gelassen hat, die Legitimation des Zahlungsempfängers zur Entgegennahme der Zahlung nicht unter Berufung auf eine der Präsumtionen der Artt. 47 und 49 H. G. beweisen kann, sondern in anderer Weise belegen muß; der Käufer durfte nemlich eine dieser Präsumtionen bei Prüfung der Legitimation des Zahlungsempfängers nur dann in Betracht ziehen, wenn es an einer concreten Erklärung des Verkäufers über diesen Punkt fehlte, eine solche concrete Erklärung lag aber in dem Facturavermerke vor. Hat der Käufer also z. B. dem Handlungsreisenden des Verkäufers, der den Kaufvertrag über die facturirte Waare mit ihm abgeschlossen hatte, gezahlt, obwohl es in der Factura hieß, Zahlungen seien dem Verkäufer selbst zu leisten, so könnte er die Legitimation des Zahlungsempfängers nicht unter Berufung auf Art. 49 (bzw. Art. 47) beweisen.

Enthält die Factura die Weisung, den facturirten Betrag einer bestimmten Person zu zahlen[12]), so wird der Käufer liberirt,

---

[11]) Wer an einen Dritten zahlt, hat zu beweisen, daß er ihm zahlen durfte (d. h. daß derselbe zur Empfangnahme der Zahlung bevollmächtigt oder solutionis causa adiectus war) oder daß ein der Zahlung nachfolgender Vorgang derselben liberatorischen Effect verschaffte. Die erstere Alternative zu beweisen wird dem Käufer dann leicht sein, wenn er dem Facturavermerk gemäß gezahlt hat; es wird dann genügen, wenn er nachweist, er habe den Facturavermerk befolgt.

[12]) Vgl. oben S. 10, ferner Anm. 21 ebenda.

Digitized by Google

wenn er trotzdem dem Verkäufer gezahlt hat. Zahlt der Käufer dem in der Factura Genannten, so wird er ohne weiteres liberirt; zahlt er dagegen einem anderen Dritten, so wird er nur dann liberirt, wenn er nachzuweisen vermag, entweder der Zahlungsempfänger sei zur Empfangnahme der Zahlung für den Verkäufer bevollmächtigt bzw. solutionis causa adiectus gewesen, oder der Käufer habe das vollmachtslose Handeln des Empfängers genehmigt oder dieser habe den eincassirten Betrag dem Verkäufer abgeführt. Die Vollmacht des Zahlungsempfängers vermag der Käufer auch hier nicht durch die Berufung auf eine der Präsumtionen der Artt. 47 und 49 zu beweisen.[18])

Hat der Käufer einen der zu Anm. 10 und 12 erwähnten Facturavermerke rechtzeitig beanstandet, so verliert der betreffende Vermerk damit nicht die ihm im Sinne des bisher Ausgeführten

---

[18]) Der Facturavermerk muß, um eine der gesetzlichen Präsumtionen zu entkräften, so gelautet haben, daß er nicht bloß als eine dem Käufer eingeräumte Gestattung, sondern als eine Erklärung, es sei gerade dem Genannten und keinem anderen Dritten zu zahlen, zu deuten ist. M. E. wäre ein Facturavermerk, welcher etwa lautet: „Zahlungen bitte ich (oder sind) der Bank X. zu leisten“ im Zweifel im letzteren Sinne zu deuten. — Vgl. zu dem im Texte bemerkten H. A. G. Nürnberg, Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 212 fg. In der Factura des Verkäufers hieß es, es sei an die Firma N. S. zu zahlen. Der Käufer zahlte an E. T., einen „angeblichen Handlungsbevollmächtigten oder Reisenden“ des Verkäufers, welcher den eincassirten Betrag nicht ablieferte. Käufer wurde mit Recht zur nochmaligen Zahlung verurtheilt. Es ist jedoch unzutreffend, wenn das H. A. G. seine richtige Entscheidung damit begründet, die unbeanstandete Annahme der Factura habe eine stillschweigende Annahme der in dem erwähnten Facturavermerke liegende Vertragsproposition enthalten. Die Sache liegt vielmehr so: Käufer mußte, da er den Facturavermerk nicht beachtete, nachweisen, der Zahlungsempfänger E. T. sei entweder Bevollmächtigter bzw. solutionis causa adiectus gewesen oder er habe den eincassirten Betrag abgeliefert oder endlich Verkäufer habe dessen vollmachtsloses Handeln genehmigt. Einen Beweis hatte er bezüglich keines der erwähnten Punkte erbracht und seine Zahlung an den E. T. hatte daher nicht liberirenden Effect. Ich erwähne nur noch, daß selbst, wenn E. T. Handlungsreisender des Verkäufers gewesen wäre und den Kaufvertrag mit dem Käufer abgeschlossen gehabt hätte, damit wegen des Facturavermerkes, es sei an N. S. zu zahlen, noch nicht festgestellt gewesen wäre, daß er zur Empfangnahme der Zahlung legitimirt gewesen sei.

Digitized by Google

zukommenden Wirkungen. Wir sprachen ja bisher nur davon, ob und inwieferne ein derartiger Vermerk bei Prüfung der Frage, ob ein dritter Zahlungsempfänger zur Empfangnahme der Zahlung legitimirt sei, Beachtung zu finden habe. Insoweit ist aber ein derartiger Vermerk lediglich als eine Erklärung einseitiger Natur[14]) zu betrachten und mithin in seiner eventuellen Wirksamkeit im Verhältniß zwischen Adressaten und Dritten von dem Verhalten des Ersteren gegenüber der betreffenden Erklärung unabhängig.[15])

Wir haben uns nun noch zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Käufer, welcher unter Nichtbeachtung eines der vorbesprochenen zu Anm. 10 und 12 erwähnten Facturavermerke, aber dennoch mit liberatorischem Effect gezahlt hat, einerseits die ihm in Folge dessen erwachsenen Mehrkosten zu tragen, andererseits den dem Verkäufer durch sein Verhalten zugefügten Schaden zu ersetzen hat. M. E. sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) Hat der Verkäufer in der Factura die Weisung ertheilt, es sei ihm selbst zu zahlen, so treffen den Käufer, falls er den Facturavermerk nicht beachtet, aber dennoch mit ihn befreiender Wirkung gezahlt hat, die eben erwähnten Nachtheile, insoferne er nicht zu beweisen vermag, der Facturavermerk sei vertragswidrig.[16]) Des Rechts, die Vertragsmäßig-

[14]) Eine urkundliche oder mündliche Aeußerung des A, durch welche dieser dem B erklärt, C sei zur Vornahme einer Handlung für ihn (den A) legitimirt oder nicht legitimirt, ist zwar eine an die Adresse des B gerichtete Erklärung, die aber in ihrer eventuellen Wirksamkeit gewiß nicht dadurch bedingt ist, daß B dieselbe angenommen hat. Eine solche Aeußerung ist daher in jeder Beziehung als eine einseitige Erklärung zu beurtheilen.

[15]) Hätte also der Käufer in dem in der Anm. 13 erzählten Falle sofort nach Erhalt der Factura erklärt, er fühle sich durch den Vermerk, es sei an den N. S. zu zahlen, beschwert, so hätte dieser Umstand die Entscheidung des Rechtsstreites m. E. in keiner Weise beeinflußt. Dem Käufer hätte trotzdem, falls er seiner Zahlung an den E. T. liberatorischen Effect verschaffen wollte, darzulegen gehabt, daß dieser Bevollmächtigter oder solutionis causa adiectus gewesen sei oder daß Verkäufer das vollmachtslose Handeln des E. T. genehmigt habe oder daß E. T. den eincassirten Betrag an den Verkäufer abgeliefert habe.

[16]) Der Verkäufer darf im Zweifel beanspruchen, daß ihm selbst ge-

Digitized by Google

keit des Facturavermerks zu bestreiten, wird der Käufer dadurch nicht verlustig, daß er denselben nicht bzw. nicht rechtzeitig beanstandet hat.[17]) b) Hat der Verkäufer in die Factura eine Weisung anderen Inhalts aufgenommen (z. B. also gesagt, es dürfe nur an eine bestimmte dritte Person gezahlt werden), so treffen den Käufer, welcher diesen Facturavermerk nicht beachtet, aber mit liberatorischem Effect gezahlt hat, die erwähnten Nachtheile jedenfalls dann, wenn die in der Factura enthaltene Weisung ihn nicht belastet hat[18]), sonst aber ohne Rücksicht darauf, ob er den Vermerk gerügt oder unbeanstandet gelassen hat, nur dann, wenn der Verkäufer darthut, der den Käufer belastende Vermerk sei vertragsmäßig, entspreche also z. B. der zwischen den Parteien gepflogenen Uebung.[19])

zahlt werde. (Vgl. Art. 325 Abs. 1 H. G.) Sache des Käufers ist es daher, sein Recht, in anderer Weise zahlen zu dürfen, darzulegen.

[17]) Vgl. das oben S. 48 fg. bemerkte. Ein Beispiel: Zwischen A und B ist vereinbart, B dürfe den Kaufpreis an die an seinem Wohnsitze befindliche Bank X bezahlen. In der Factura weist A den B an, den Kaufpreis ihm selbst zu bezahlen. B darf nun, wenn er diese Weisung befolgt hat und die früher getroffene Vereinbarung beweist, die ihm in Folge der Zahlung an den A selbst erwachsenen Kosten in Rechnung stellen. Hätte B den Facturavermerk nicht befolgt, sondern an die Bank X gezahlt, so brauchte er unter der gleichen Voraussetzung den dem A durch die Abweichung von dem Facturavermerk etwa zugefügten Nachtheil nicht zu ersetzen.

[18]) Ein Beispiel: A hat, obwohl dieß früher nicht vereinbart war, den B in der Factura angewiesen, den facturirten Betrag an eine in des B Wohnort befindliche Bank X zu bezahlen. B hat diese ihn unzweifelhaft nicht belastende Weisung nicht befolgt, sondern das Geld durch die Post an den A geschickt. B dürfte dann jedenfalls die ihm dadurch erwachsenen Portoauslagen nicht in Rechnung stellen. Auch einen dem A durch das Vorgehen des B zugefügten Schaden müßte dieser dem A ersetzen. Man nehme z. B. an, es habe A über den fälligen Kaufpreis durch einen auf die Bank X gezogenen, zu Gunsten des C lautenden Wechsel disponirt. In Folge der vom B beliebten Einsendung des Kaufpreises an den A war der Wechsel im Zeitpunkte seiner Präsentation bei der Bank X nicht gedeckt und wurde daher von dieser nicht honorirt. Die den Verkäufer hiedurch erwachsenden Auslagen hätte m. E. der Käufer B zu tragen.

[19]) Der Verkäufer hat nicht das Recht, zu verlangen, daß der Käufer auf seine (des Käufers) Kosten einem Dritten statt an ihn (den Verkäufer) zahle, außer es ist dieß vorher vereinbart worden. Die Factura hat

Digitized by Google

V. Sehr häufig enthalten Facturen den Vermerk, die Sendung der Waare erfolge auf des Käufers Rechnung und Gefahr.[20])

Der Verkäufer hebt in dieser Clausel einmal hervor, daß die Transportkosten den Käufer zur Last fallen. Da die Transportkosten im Zweifel im Kaufpreis nicht enthalten sind, so ist es Sache des Käufers, die Vertragswidrigkeit dieses Vermerks selbst dann zu beweisen, wenn er denselben nicht rechtzeitig beanstandet hat; der Käufer ist aber mit Rücksicht auf das oben S. 48 fg. bemerkte auch dann nicht gehindert, die Vertragswidrigkeit des erwähnten Vermerks zu beweisen, wenn er es unterlassen hätte, diesen Vermerk rechtzeitig zu rügen.

Aus dem Verhältniß der Bestimmungen der Absätze 1 und 2 des Art. 345 H. G. ergibt sich, daß der Käufer im Zweifel die Transportgefahr trägt. Den Käufer trifft daher die Beweislast, wenn er behauptet, die Transportgefahr habe ausnahmsweise den Verkäufer getroffen. Die rechtzeitige Beanstandung des Vermerks in der Factura, die Sendung gehe auf Gefahr des Käufers, befreit ihn einerseits von dieser Beweislast nicht und ist andererseits zur Wahrung der Möglichkeit, den erwähnten Facturavermerk zu bestreiten, nicht erforderlich.[21])

Dieselben Grundsätze, die für die Regelung der Frage, welchen der beiden Contrahenten die Gefahr der Vernichtung (periculum interitus) und der Beschädigung (periculum deteriorationis) auf dem Transporte trifft, gelten, haben m. E. auch bei Beantwortung der Frage, welcher der beiden Contrahenten die

---

nicht die Aufgabe, dazu zu dienen, eine derartige Vereinbarung erst herbeizuführen bzw. als Beweismittel für eine derartige Vereinbarung zu dienen. (Vgl. oben S. 60 fg., ferner unten S. 70 Anm. 26a). Der Käufer ist daher nicht ex bona fide verpflichtet, einen solchen willkürlich erst in die Factura eingeschalteten Beisatz zu rügen.

[20]) Vgl. oben S. 6 Anm. 7.

[21]) Auch dieß ergibt sich aus dem oben S. 48 fg. bemerkten. Vgl. die lehrreiche Entscheidung des R. O. H. G. X Nr. 38 S. 174 fg. (Käufer hatte die Transportspesen zu tragen, weil er eine gegentheilige Verabredung nicht zu beweisen vermochte. Nach meinem Dafürhalten war es daher jedenfalls entbehrlich, auf den Wortlaut der Factura und deren Nichtbeanstandung Gewicht zu legen.)

Digitized by Google

Gefahr der Verwechslung der Waare auf dem Transporte sowie einer Verzögerung des Transportes, also einer verspäteten Ablieferung der transportirten Waare zu tragen habe, Anwendung zu finden.[21a]) Die Worte des Art. 345 Abs. 1 „die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird" sind auch auf Fälle der letzteren Art zu beziehen.[22]) Daraus folgt, daß die oben S. 10 fg. Anm. 23 erwähnten Facturaclauseln „Für Beschädigungen und Verwechslungen während des Transportes sowie für verspätetes Eintreffen der Waare übernehmen wir keinerlei Verantwortlichkeit", „Für Verwechslungen oder Beschädigungen auf dem Transport wird von uns kein Ersatz geleistet", ihrem ganzen Inhalte nach im Sinne des im vorstehenden bezüglich der allgemeinen die Tragung der Transportgefahr überhaupt ablehnenden Facturavermerke bemerkten zu beurtheilen sind.[22a])

[21a]) Das gleiche gilt von dem Falle, daß die Waare auf dem Transporte verloren geht. Geht die Waare verloren, so bleibt zwar deren körperliche Unversehrtheit gewahrt (die Gefahr des Verlustes fällt also nicht unter das periculum interitus), allein der wirthschaftliche Effect ist ja für die Contrahenten der gleiche, wie wenn dieselbe zerstört worden wäre.

[22]) Zu dem gleichen Ergebniß gelangt man übrigens auch dann, wenn man die citirten Worte des Art. 345 Abs. 1 nur auf die Fälle der Vernichtung und der Beschädigung der Waare bezieht. Man müßte dann eben die Bestimmungen des Art. 345 auf die Fälle der Verwechslung, der verspäteten Ablieferung und des Verlustes (vgl. oben Anm. 21a) der Waare analog anwenden. M. E. wäre es nemlich unzweifelhaft gestattet, daraus, daß das Gesetz dem Käufer die Tragung eines Transportunfalles, durch den die Waare vernichtet oder beschädigt wird, auferlegt, zu schließen, es entspreche der Intention des Gesetzes, daß auch Transportunfälle, in Folge deren das Interesse des Adressaten an rechtzeitiger Lieferung durch Verwechslung oder verzögerte Ablieferung der Waare verletzt wird oder die den Verlust der Waare herbeiführen, im Zweifel dem Käufer und nicht dem Verkäufer zur Last fallen. — Ob der Frachtführer bzw. sonstige Transporteur für den Untergang, die Beschädigung, den Verlust, die Verwechslung, die verzögerte Ablieferung zu haften oder nicht aufzukommen hat, ist natürlich für die Frage, welchen der Contrahenten (Verkäufer oder Käufer) diese Nachtheile eventuell treffen, irrelevant.

[22a]) Ist der Verkäufer von den ihm bezüglich der Uebersendung ertheilten Anweisungen ohne dringende Veranlassung abgewichen bzw. hat er gelegentlich der Besorgung der Uebersendung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzt (Art. 345 Abs. 1 Satz 2, Art. 344 H. G.), so ist er ersatzpflichtig. Dieser eventuellen Ersatzpflicht kann sich der Verkäufer

Digitized by Google

Der Verkäufer weist den Käufer manchmal in der Factura an, die Waare nur „bahnämtlich gewogen“ zu übernehmen[23]) oder vor der Uebernahme derselben zu untersuchen, „ob selbe in gutem Zustande angekommen ist und sich im Falle einer Beschädigung oder Verwechslung den erlittenen Schaden auf dem Frachtbriefe selbst bestätigen zu lassen.“[23a]) Wenn der Käufer, wie dieß ja die Regel ist, die Transportgefahr trägt, haben derartige Vermerke nur insoferne Bedeutung, als durch dieselben dem Käufer gewisse im eigenen Interesse zu beobachtende Vorsichtsmaßregeln empfohlen werden.[24]) Trifft aber die Transportgefahr ausnahmsweise den Verkäufer oder hat derselbe aus einem anderen Grunde (vgl. oben Anm. 22a) die nachtheiligen Folgen gewisser Transportunfälle zu vertreten, so ist es für den Käufer ebenfalls nur ein Gebot der Klugheit, die in der Factura empfohlenen Vorsichtsmaßregeln nicht außer Acht zu lassen. Würde nemlich auf anderem als dem in der Factura empfohlenen Wege festgestellt, daß der Käufer durch den Transport einen (vom Verkäufer zu vertretenden) Schaden erlitten hat, so wäre ja der Verkäufer sicherlich ebenfalls ersatzpflichtig.

---

durch keine der vorerwähnten die Haftung für die nachtheiligen Folgen von Transportunfällen ablehnende Clausel befreien. Auch in dieser Beziehung ist es m. E. irrelevant, ob der Käufer die betreffende Clausel gerügt oder unbeanstandet gelassen hat.

[23]) In der Factura heißt es z. B.: „Angekommene Sendungen belieben Sie nur bahnämtlich gewogen zu übernehmen, indem wir für etwaige Abgänge nicht aufkommen können.“ (Vgl. oben S. 11 Anm. 24.)

[23a]) In der Factura heißt es z. B.: „Der Empfänger hat vor Uebernahme der Waare zu untersuchen, ob selbe in gutem Zustande angelangt ist. Im Falle einer Beschädigung oder Verwechslung hat derselbe von der Transportunternehmung den erlittenen Schaden vor Uebernahme der Waare auf dem Frachtbriefe selbst bestätigen zu lassen.“ (Vgl. oben S. 11 Anm. 24.)

[24]) Es obliegt ja dann dem Käufer, gegen den etwa ersatzpflichtigen Frachtführer bzw. sonstigen Transporteur Regreß zu nehmen. Ob sich der Frachtführer zu einer derartigen ihm eventuell nachtheiligen Constatirung verstehen wird, ist eine andere Frage. (Der Käufer wird dann nöthigenfalls die im Art. 407 H. G. dem „im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger des Gutes“ eingeräumten Rechte geltend machen können.) — Die unter Mitwirkung des Frachtführers erfolgte Constatirung des Quantums bzw. des Zustandes des Transportgutes kann natürlich auch in einem Streite über die Quantität oder Empfangbarkeit der Waare von Bedeutung sein.

Digitized by Google

VI. In vielen Facturen findet sich ein Vermerk, durch welchen der Verkäufer entweder jede etwaige künftige Reclamation des Käufers oder bestimmte Arten von Reclamationen (z. B. gegen die Beschaffenheit der Waare oder deren Gewicht) ablehnt oder für jede bzw. für gewisse Reclamationen einen gewöhnlich kurz bemessenen Termin setzt.[24a]) Eine Ausschließung oder zeitliche Beschränkung der Haftung des Verkäufers für einen Qualitätsmangel bzw. für die Beschaffenheit der Waare überhaupt sowie seiner Haftung dafür, daß die Lieferung bezüglich ihrer Quantität dem Kaufvertrage entspreche, kann nun nur durch Vertrag herbeigeführt werden[25]) und Sache des Verkäufers ist es, eine derartige ihn entlastende Vereinbarung erforderlichenfalls zu beweisen. Wir haben mithin festzustellen, inwieferne sich der Verkäufer bei Führung dieses ihm obliegenden Beweises auf einen Facturavermerk der eben erwähnten Art zu berufen vermag. Daß der Facturavermerk zu Gunsten des Verkäufers dann nicht wirksam ist, wenn der Käufer ihn rechtzeitig beanstandet hat, wird nicht bezweifelt werden. Hat es der Käufer aber unterlassen, den Facturavermerk rechtzeitig zu rügen, so ist zu sagen, daß auch dann nicht eine Verschiebung der Beweislast zu seinem Nachtheile eintritt.[25a]) Diese Entscheidung wird durch folgende Erwägungen gerechtfertigt[26]):

Der Verkäufer, der eine Ausschließung oder Beschränkung

[24a]) Vgl. oben S. 10 Anm. 22.

[25]) Vgl. bezüglich der Haftung für die Beschaffenheit der Waare bei Distanzgeschäften Art. 349 Abs. 5 H. G. und zu dieser Bestimmung Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 63 und S. 349 fg. — Das gelieferte Quantum darf weder größer noch kleiner sein, als das bestellte. Der Verkäufer kann die Geltendmachung jeder Differenz zwischen dem gelieferten und dem bestellten Quantum durch vorher getroffene Verabredung auszuschließen suchen, oder z. B. nur die Geltendmachung eines Gewichtsmancos. Ueber die Frage, wann ein Manco an Maaß, Zahl, Gewicht, Qualitätsmangel sei, vgl. Hanausek a. a. O. I S. 259 fg.

[25a]) Daß man nicht sagen darf, der Käufer habe durch sein Schweigen den Facturavermerk genehmigt, darf mit Rücksicht auf das oben S. 47 fg. bemerkte, als feststehend angesehen werden.

[26]) Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der uns hier interessirenden Vermerke gestatte ich mir, die in anderem Zusammenhange (vgl. oben S. 60 fg.) geltend gemachten Gesichtspunkte im Folgenden nochmals näher auszuführen.

Digitized by Google

der ihn in den hervorgehobenen Beziehungen normaler Weise treffenden Haftung herbeiführen will, hat dafür zu sorgen, daß er eine diesem Zwecke dienende Vereinbarung mit dem Käufer vor der Lieferung herbeiführt und sich die Möglichkeit, diese Vereinbarung zu beweisen, in entsprechender Weise sichert. Hat er dieß versäumt, so ist es recht und billig, daß ihn der Nachtheil dieser Unterlassung treffe. Die Factura hat nicht die Aufgabe, die Situation des Verkäufers in der uns hier interessirenden Beziehung zu verbessern, den Verkäufer einer ihn sonst treffenden Beweislast eventuell zu entheben.[26a])

[26a]) Die Sache liegt hier anders, als wenn der Verkäufer z. B. behauptet, ein bestimmter Preissatz für die gelieferte Waare sei vereinbart gewesen und sich für diese Behauptung auf einen unbeanstandet gebliebenen Facturavermerk beruft. Es ist, wie oben S. 45 fg. angeführt wurde, ein zwingendes Gebot der Billigkeit, einem solchen unbeanstandet gebliebenen Facturavermerk bis auf weiteres Beweiskraft beizulegen. Jeder Käufer muß die bezogene Waare bezahlen und es war daher auch Sache des Käufers, für eine eventuelle vorherige Preisvereinbarung zu sorgen und sich die Möglichkeit, dieselbe zu beweisen, zu sichern. In unserem Falle dagegen steht in Frage, ob eine an sich berechtigte Ausstellung des Käufers gegen die Quantität bzw. die Qualität der Waare darum ausgeschlossen sein soll, weil der Käufer einen Facturavermerk der im Texte erwähnten Art zu rügen unterlassen hat. Es wird also eine Verabredung behauptet, die von vornherein nur dem Interesse des Verkäufers zu dienen bestimmt gewesen wäre und darum ist es keineswegs ein Postulat der Billigkeit, ihm dadurch zu Hilfe zu kommen, daß man sagt, der Käufer habe den betreffenden Facturavermerk sofort rügen müssen bzw. er sei, weil er dieß unterlassen hat, die Vertragswidrigkeit desselben darzuthun verpflichtet.

Häufig enthält bereits der Prospect, durch dessen Zusendung der Käufer eingeladen wurde, mit dem Verkäufer in geschäftliche Verbindung zu treten, einen derartigen Vermerk, z. B. also die Clausel: „Reclamationen können nur binnen 14 Tagen nach Empfang der Waare berücksichtigt werden." Ist dieß der Fall und hat der Käufer nicht bei Eingehung des Vertrages gegen die Clausel protestirt, so ist er ex pacto und nicht etwa deshalb an die Clausel gebunden, weil er den conformen späteren Facturavermerk nicht gerügt hat.

Eine eine kurze Reclamationsfrist normirende Vertragsbestimmung kann auch in anderen Fällen als stillschweigend vereinbart erscheinen. So z. B. wenn eine bestimmte kurze Frist für Reclamationen während einer längeren Geschäftsverbindung jedesmal eingehalten wurde (Wolff, Buschs Archiv XV S. 326). Vgl. auch v. Hahn II S. 335 §. 12 zu Art. 349: „Dagegen kann, wenn der Käufer weiß, daß der Verkäufer allen seinen

Digitized by Google

Der Käufer darf auch die mit Recht beanstandete Waare an den Verkäufer nicht zurücksenden, außer er hat gegründete Ursache anzunehmen, daß er hiedurch am besten dem Interesse des Verkäufers genüge.[27]) Der Verkäufer ist daher in der Lage, mit den Käufer verpflichtender Wirkung vorzuschreiben „Retourwaaren werden ohne vorherige Genehmigung nicht angenommen“[28]) oder „Nichtavisirte Retourwaare wird nicht zurückgenommen“.[29])

Facturen eine derartige Clausel hinzuzufügen pflegt, der Umstand, daß der Käufer bei Abschluß eines neuen Kaufes nicht dagegen protestirt, als eine stillschweigende Annahme einer vom Verkäufer gestellten Vertragsofferte erscheinen“, und Auerbach, Das neue Handelsgesetz II S. 169.

Was die einschlägige Spruchpraxis betrifft, so wird der m. E. richtige Standpunkt vertreten in dem Erk. des H. A. G. Nürnberg, Buschs Archiv IX S. 365 fg., ferner vom O. A. G. Dresden, ebenda XVIII S. 423 fg., vom R. O. H. G. I Nr. 23 S. 88, sowie vom H. G. Adler-Clemens III Nr. 514 S. 476 fg. Anderer Ansicht sind dagegen O. G. Luzern, Goldschmidts Z. Schr. XXV S. 283 fg., sowie das O. L. G. Adler-Clemens III Nr. 514 S. 479. (Hier wird eine in der Factura normirte achttägige Reclamationsfrist in analoger Anwendung des Art. 339 H. G. für maßgebend erklärt); vgl. auch das oben S. 44 Anm. 4a citirte Erk. des O. G. H. Slg. XXV Nr. 11579. Vgl. ferner für die im Texte acceptirte Ansicht Wolff, Buschs Archiv XV S. 309 fg. („Der Käufer ist keineswegs gehalten, gegen solche Clauseln der Factura sofort zu protestiren, wenn dieß auch in manchen Fällen rathsam sein mag“), S. 325 fg., Auerbach a. a. O. II S. 168 fg., v. Hahn II S. 335 fg. §. 12 zu Art. 349, Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 63 fg. Anm. 30. Vgl. auch St. G. Frankfurt a. M., Buschs Archiv X S. 423.

Darüber, inwieferne der Verkäufer selbst an den eine Reclamationsfrist fixirenden Facturavermerk gebunden ist, vgl. oben S. 20 Anm. 3.

[27]) Vgl. Hanausek, Haftung des Verkäufers II S. 132 fg., S. 101 Anm. 28.

[28]) Vgl. über diese Clausel die treffende Ausführung des R. O. H. G. VI Nr. 13 S. 76 fg.

[29]) Vgl. oben S. 11 und Anm. 25 ebenda. Die Clausel „Retourwaaren werden nur binnen 14 Tagen nach Erhalt angenommen,“ hat im Zweifel nicht die Bedeutung, daß der Käufer innerhalb dieser Frist die empfangene bestellte Waare ohne weiteres retourniren dürfe. Wohl aber darf der Käufer nur innerhalb der Frist nichtempfangbare Waare retourniren. Die ex lege oder ex pacto zustehende Frist für die Geltendmachung der Ansprüche wegen Nichtempfangbarkeit der Waare (also auch des eventuell begründeten Anspruchs auf Rücknahme nicht empfangbarer Waare) wird durch eine derartige Clausel natürlich nicht alterirt.

Digitized by Google

Selbstgewählte Waare darf der Käufer darum, weil sie ihm aus irgend einem Grunde nicht paßt, gewiß nicht zurückweisen. Die Clausel „Selbstgewählte Waaren werden nicht zurückgenommen" ist also insoferne für den Käufer verpflichtend, freilich aber auch überflüssig.[30]) Der Verkäufer haftet für Mängel selbstgewählter Waare nach den für den Specieskauf geltenden Bestimmungen und diese Haftung vermag der Verkäufer im Sinne des eben Ausgeführten durch einen Facturavermerk der erwähnten Art in keiner Weise zu modificiren.[31])

VII. Clauseln, durch welche dem Käufer, welcher für die Emballage eine (sei es besonders berechnete, sei es im Kaufpreise für die Waare enthaltene) Vergütung zu bezahlen hat, freigestellt wird, Verpackungsmaterialien gegen entsprechenden

---

[30]) Vgl. oben S. 11 und Anm. 25 ebenda.

[31]) Das Recht behufs Prüfung der Beschaffenheit der Waare in einer durch die Bestimmung des Art. 347 Abs. 1 H. G. gerechtfertigten und gebotenen Weise auf die Waare bzw. auf einen bestimmten Theil derselben einzuwirken (vgl. Hanausek a. a. O. II S. 55 fg. Anm. 17) kann dem Käufer durch einen Facturavermerk nicht entzogen werden. Der Verkäufer müßte die Vertragsmäßigkeit eines solchen Vermerks auch dann beweisen, wenn derselbe seitens des Käufers nicht rechtzeitig beanstandet worden wäre. — Bezüglich des oben S. 11 Anm. 25 erwähnten Facturavermerks, „Abgeschnittene Waare wird nicht zurückgenommen," ist Folgendes zu bemerken: Die Frage, ob das Begehren des etwa mit der redhibitoria Zurücknahme eines abgeschnittenen Stückes Tuch verlangenden Käufers gerechtfertigt ist oder nicht, ist nach den für die redhibitoria geltenden Grundsätzen zu beurtheilen und deren Anwendung wird voraussichtlich (ich glaube hier auf diese complicirte Frage nicht näher eingehen zu sollen) zur Abweisung des Begehrens des Käufers führen. Diese Beurtheilung des Anspruches des Käufers würde aber auch dann Platz greifen, wenn die Factura den erwähnten Vermerk nicht enthalten hätte. Ein derartiger Vermerk hat also m. E. lediglich die thatsächliche Bedeutung, den Käufer zu besonderer Vorsicht zu mahnen bzw. ihn noch eigens darauf aufmerksam zu machen, daß der Verkäufer sich nicht dazu verstehen werde, ein abgeschnittenes Stück Tuch zurückzunehmen. (Ueber die Frage, in welcher Weise Veränderungen, die der Käufer an der Waare vornimmt, dessen Redhibitionsanspruch beeinflussen, vgl. für das gemeine Recht Hanausek a. a. O. II S. 178 fg. und die daselbst citirte Literatur und Praxis. Dem praktischen Ergebniß nach wird auch von dem dort vertretenen Standpunkte aus der Redhibitionsanspruch des Käufers in einem Falle der oben besprochenen Art illusorisch bleiben.)

Digitized by Google

Ersatz zurückzugeben[32]), enthalten (mag nun die Rückstellungsbefugniß eine befristete oder nicht befristete, eine bedingte oder unbedingte sein) eine Begünstigung des Käufers.[33]) Der Käufer ist daher an den Inhalt einer derartigen Clausel (also z. B. an die in derselben angegebene Frist, an den in derselben als Rückvergütung angesetzten Betrag, an die Bestimmung, es sei franco zu retourniren) gebunden, insoferne er nicht zu beweisen in der Lage ist, daß er im Sinne des Vertrags bzw. auf Grund seiner Bestellung Anspruch auf eine weiterreichende Begünstigung hatte. Der Möglichkeit, eine derartige weitergehende Begünstigung geltend zu machen, wird der Käufer durch die bloße Unterlassung der Rüge des Facturavermerks nicht verlustig.[34])

---

[32]) Vgl. oben S. 7 Anm. 11, ferner zum Folgenden Ehrlich, Wiener Juristische Blätter 1887 S. 389 fg.

[33]) Ist der Käufer nicht in der Lage, die Verpflichtung für die Emballage zu zahlen, unter Hinweis auf den Kaufvertrag bzw. die Bestellung gänzlich abzulehnen (vgl. oben S. 53 und Anm. 20 ebenda), so ist es offenbar für ihn nur von Vortheil, wenn er das Verpackungsmaterial überhaupt gegen einen vom Verkäufer zu ersetzenden Betrag zurückgeben darf.

[34]) Vgl. oben S. 48 fg. — Der Verkäufer, der in der Factura für die Emballage eine sei es besonders berechnete, sei es im Kaufpreis für die Waare enthaltene Vergütung in Anspruch nimmt, zugleich aber dem Käufer die Befugniß, das Verpackungsmaterial gegen entsprechende Rückvergütung zurückzugeben, einräumt, stellt dem Käufer nicht — wie das R. O. H. G. I Nr. 25 S. 127 und XIX Nr. 88 S. 306 annimmt — bezüglich des Verpackungsmaterials ein Verkaufsoffert. Die Erklärung des Verkäufers ist ja mit Beziehung auf einen vorausgegangenen Kaufvertrag bzw. eine vorausgegangene Bestellung abgegeben, weshalb wir denn auch oben S. 53 gehört haben, daß der Käufer an den einen Preis für die Emballage ansetzenden Facturavermerk, selbst wenn er denselben nicht beanstandet hat, keineswegs schlechthin gebunden ist. (Enthielte eine Clausel der uns hier interessirenden Art ein Verkaufsoffert, so müßte der Käufer entweder das Verpackungsmaterial in der etwa angegebenen Frist retourniren, oder es zu dem in der Factura angesetzten Preise auch dann bezahlen, wenn festgestellt wäre, daß im Kaufvertrage ein niederer Preis für die Emballage vereinbart wurde.) Meine Auffassung ist folgende: Wenn Verkäufer und Käufer gelegentlich des Kaufabschlusses oder auch vor oder nach erfolgter Lieferung vereinbaren, daß letzterer für das Verpackungsmaterial (Kisten, Flaschen, Fässer, Gebinde, Säcke u. dgl.) eine sei es besonders berechnete, sei es im Kaufpreise für die Waare enthaltene Vergütung zu leisten hat, ihm aber zugleich die Befugniß eingeräumt wird, das Verpackungsmaterial

Digitized by Google

Clauseln, in welchen der Verkäufer erklärt, er werde im Falle der Nichtrückstellung des Verpackungsmaterials von einem bestimmten Termine ab eine (etwa nach Stück und Tag zu berechnende) Vergütung für die Benützung des Verpackungsmaterials ansprechen, belasten den Käufer.[35]) Eine solche Clausel spricht ja aus, daß der Käufer, wenn er die Rückstellung des ihm nur leihweise überlassenen Materiales (z. B. der Säcke oder Fässer) verzögert, einem bestimmten Rechtsnachtheile unterworfen sein solle. Eine Vorschrift, durch welche eine solche Clausel gerechtfertigt würde, enthält das Handelsgesetzbuch nicht.[36]) Daraus folgt, daß es Sache des Verkäufers ist, zu beweisen, er sei auf Grund der lex contractus berechtigt gewesen, eine Clausel des erwähnten Inhalts in die Factura aufzunehmen. Vermag er dieß nicht zu beweisen, so ist m. E. die Clausel für den Käufer

gegen entsprechende Rückvergütung zurückzugeben, so liegt ein besonderes pactum adiectum vor, welches dem Käufer das befristete oder nicht befristete, bedingte oder unbedingte Recht gewährt, von dem bezüglich des Verpackungsmateriales abgeschlossenen Kaufvertrage zurückzutreten. (Am nächsten kommt dieser Auffassung Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung S. 8 und Anm. 18 ebenda. — Für das gemeine Recht wäre eine solche Verabredung wohl richtiger als pactum de retroemendo zu construiren. Für das österreichische Recht steht dieser Auffassung die Bestimmung der §§. 1070 und 1071 a. b. G. B. entgegen, die ein pactum de retroemendo nur bei Immobilien zuläßt.) Das durch ein solches pactum adiectum dem Käufer eingeräumte Recht kann ihm durch einen Facturavermerk — eine einseitige Erklärung des Verkäufers — nicht entzogen bzw. nicht verkürzt werden. Daß ein solches pactum adiectum abgeschlossen worden ist, sowie dessen Bestimmungen, hat im Streitfalle nach allgemeinen Grundsätzen der Käufer, zu dessen Gunsten es lautet, zu beweisen. Ist ein derartiges pactum adiectum nicht abgeschlossen bzw. nicht nachweisbar, so ist ein Facturavermerk des erwähnten Inhalts als ein Anerbieten (Offert) des Verkäufers aufzufassen, das Verpackungsmaterial kaufweise zurückzunehmen. Den Facturavermerk kann der Käufer nur dann gegen den Verkäufer geltend machen, wenn er sich an dessen Inhalt hält, z. B. also die in demselben angegebene Frist einhält. Einen einschlägigen Fall aus der Praxis enthalten die Erkenntnisse Adler-Clemens V Nr. 825; seitens des O. L. G. und des O. G. H. wurde der Käufer mit Recht als an die in der Factura angegebene sechswöchentliche Rücksendungsfrist gebunden erklärt.

[35]) Vgl. oben S. 7 Anm. 11.

[36]) Art. 290 H. G. kann zur Rechtfertigung einer solchen Clausel nicht herangezogen werden.

Digitized by Google

nicht verpflichtend. Und zwar gilt dieß auch dann, wenn der Käufer die Clausel gar nicht oder nicht rechtzeitig beanstandet hätte.[37]) Selbstverständlich genügt es aber, wenn der Verkäufer beweist, daß die Clausel der bisherigen Uebung der Parteien oder einer für das betreffende Geschäft maßgebenden Usance entspricht.[38]) Ferner ist zu beachten, daß der Verkäufer, welcher an sich berechtigt ist, einen Anspruch der erwähnten Art zu stellen, sich eine Mäßigung des angesprochenen Betrages unter Umständen dann wird gefallen lassen müssen, wenn er es durch ungerechtfertigt lange Zeit unterlassen hat, das dem Käufer bloß geliehene Verpackungsmaterial zurückzufordern und sein Ent-

[37]) Die Sache liegt hier ganz ähnlich, wie wenn der Verkäufer durch einen Facturavermerk Verzugszinsen angesprochen hätte, die ihm im Sinne der gesetzlichen Dispositivvorschriften nicht zustehen. (Vgl. hiezu das oben S. 59 fg. Ausgeführte.) Auch in unserem Falle handelt es sich um einen Anspruch, den der Verkäufer auf Grund der mora des Käufers gegen diesen erhebt. Es ist nicht Aufgabe der Factura, Beweismittel für einen solchen Anspruch zu sein bzw. eine einen solchen Anspruch begründende Vereinbarung erst herbeizuführen.

[38]) Vgl. hiezu R. O. H. G. XIX Nr. 88 S. 303 fg. (Der Klagsanspruch wurde nicht auf einen Facturavermerk, sondern von vornherein auf eine feststehende „Handels-Usance, wonach der Käufer die vom Verkäufer hergeliehenen Säcke innerhalb 14 Tagen vom Empfang franco zurücksenden und bei späterer Rücksendung per Tag und Stück einen Heller Leihgeld resp. Entschädigung für entzogene Benutzung der Säcke zahlen müsse" gestützt. Das R. O. H. G. spricht zwar von einer Sackmiethe, charakterisirt aber den Klagsanspruch a. a. O. S. 307 richtig als einen durch den Verzug des Käufers gerechtfertigten Entschädigungsanspruch. Von Interesse ist auch, daß der dem Verkäufer vom R. O. H. G. zugesprochene Betrag um mehr als das doppelte höher war als der Werth der noch zurückzuliefernden Säcke. Hieraus ist zu ersehen, daß ein derartiger durch die lex contractus nicht gerechtfertigter Facturavermerk eventuell den Käufer in durchaus nicht unerheblicher Weise rechtswidrig belastet. Vgl. auch R. O. H. G. I Nr. 28 S. 100 fg. (Hier heißt es: „Nach §. 16 der in Cassel für Getreidegeschäfte geltenden „Handelsbedingungen" hat der Verkäufer die Säcke, in welchen die verkaufte Frucht dem Käufer überliefert wird, zu liefern, Verkäufer muß aber binnen 12 Tagen die Säcke zurückliefern, anderenfalls per Sack für jeden folgenden Tag 1 Pfennig an Verkäufer entrichten." Das R. O. H. G. erklärt den Anspruch auf Sackmiethe als „an sich durch §. 16 der producirten und anerkannten Handelsbedingungen begründet".) Vgl. ferner die §§. 99, 100 und 142 der Usancen der Wiener Frucht- und Mehlbörse.

Digitized by Google

schädigungsanspruch dadurch eine offenbar unbillige Höhe erlangt hat[39]), z. B. also den Werth des Verpackungsmaterials selbst übersteigt.[40]) Endlich hebe ich noch hervor, das wenn das Verpackungsmaterial beim säumigen Käufer mit oder ohne dessen Verschulden zu Grunde gegangen ist, der Käufer zwar zu dessen Ersatze verpflichtet ist[41]), der Verkäufer aber von dem Zeitpunkte des Unterganges des Materials an ein weiteres „Miethgeld" für dasselbe nicht zu fordern berechtigt ist.[42])

---

[39]) Vgl. die in der vorigen Anmerkung besprochene Entscheidung des R. O. H. G. XIX Nr. 88, in welcher es S. 307 fg. heißt: „Allerdings läßt sich die Frage aufwerfen, ob es sich denn mit der bona fides vereinigen läßt, daß der Verkäufer jahrelang dazu schweigt, daß er die geliehenen Säcke nicht zurückerhält und dann endlich mit dem Anspruche auf Sackmiethe in enormen Betrage herantritt. Aber diese Frage berührt nicht die Fundirung des Anspruchs auf Sackmiethe, sondern es wird nur der Verkäufer unter Umständen eine exceptio doli haben, diese aber besonders thatsächlich begründen müssen." Nach meinem Dafürhalten war in dem Falle, auf den sich das citirte Erkenntniß bezieht, eine solche exceptio doli ausreichend fundirt und es wäre daher m. E. richtiger gewesen, trotz der Bestimmung des Art. 283 H. G. (durch welche die L. un. C. de sent. VII 47 allerdings aufgehoben wurde) „die geforderte Sackmiethe" mit dem Appell. Richter auf den Werth der noch zurückzuliefernden Säcke zu ermäßigen.

[40]) Meine Auffassung ist folgende: Der Verkäufer, der die Rückforderung des Verpackungsmaterials so lange hinausschiebt, bis der Betrag des von dem säumigen Käufer zu leistenden Entschädigungsbetrages (Miethgeldes) den Werth des Materiales übersteigt, verletzt die bona fides. Dieser Verletzung der bona fides ist dadurch entgegenzutreten, daß sein ihm neben dem Anspruche auf Rückgabe des Verpackungsmaterials zustehender Entschädigungsanspruch auf den Werth des Materials beschränkt wird. Von diesem Standpunkte aus wird man aber für die Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle zu dem Ergebniß gelangen, daß der Käufer, der das Verpackungsmaterial später retournirt, zu einem den Werth desselben übersteigenden „Miethgelde" nicht zu verurtheilen sein wird und daß ein Käufer, welcher das Verpackungsmaterial später nicht zurückstellt, nicht mehr als den doppelten Werth desselben zu leisten haben wird.

[41]) Daß der säumige Käufer auch den von ihm nicht verschuldeten Untergang des Verpackungsmaterials zu vertreten hat, ergibt sich aus dem Satze „obligato mora perpetuatur". Vgl. Hasenöhrl, öst. Obligationenrecht II S. 334 fg.

[42]) Vgl. das oben Anm. 38 citirte Erk. des R. O. H. G. I Nr. 28, in welchem es S. 101 heißt: „Erheblich ist dagegen der von Verklagter — —

Digitized by Google

Es kommt bekanntlich außerordentlich häufig vor, daß der Adressat seiner Bestellung (eines Kaufofferts) dieselbe nicht beantwortet, sondern die bestellte Waare einfach mit einer Factura zusendet. Insoferne die Factura mit der Bestellung bzw. den gesetzlichen Dispositivvorschriften übereinstimmt und auch keinerlei sonstigen den Besteller irgend beschwerenden Zusatz enthält, ist der Empfänger der Waare und Factura zweifellos sofort Käufer der Waare, d. h. es bedarf zur Fundirung der Klage auf Zahlung des Kaufpreises nicht der Anführung bzw. Feststellung irgend einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Empfängers.[43]) Wie steht es aber, wenn die Factura in irgend einem Punkte von der Bestellung oder von einer im Zweifel maßgebenden dispositiven Norm abweicht oder sonst einen den Empfänger mit Unrecht belastenden Zusatz enthält? Liegt dann auch Zusendung gekaufter Waare oder aber ein unter Zusendung unbestellter Waare gestelltes Offert des Waarenabsenders an den ursprünglichen Besteller vor? Ist also dann

erhobene Einwand, daß die fraglichen Säcke seit Jahr und Tag nicht mehr vorhanden seien. Von dem Zeitpunkte an, seit welchem die Säcke nicht mehr vorhanden gewesen, kann — keine Miethe mehr gefordert werden." — Daß das Verpackungsmaterial zu Grunde gegangen und den Zeitpunkt des Untergangs desselben hat der Käufer zu beweisen; vgl. R. O. H. G. a. a. O.

[43]) Wenn der A beim B Waare bestellt, so ist seine Erklärung im Zweifel so aufzufassen, daß er nicht Annahme des Offerts (der Bestellung) in Worten, sondern durch die Erfüllung — re — erwarte. Diese Erklärung bindet den Offerenten und darum braucht eine solche re erfolgende Annahme nicht innerhalb der Frist des Art. 319 H. G. zu geschehen. Vgl. v. Hahn II S. 206 fg. §. 13 zu Art. 319 und die ebenda Anm. 9 verzeichnete Literatur. Würde in einem Falle dieser Art die bestellte Waare ohne Factura (bzw. ohne ein sonstiges Begleitschreiben) zugesendet, so wäre das zwar ein ungewöhnlicher, nicht geschäftsüblicher Vorgang; allein ein Kaufvertrag käme dennoch zu Stande. Der Absender hätte dann die Bestellung auf Grund der in derselben enthaltenen bzw. der eventuell maßgebenden usancemäßigen und der durch gesetzliche Dispositivvorschriften normirten Bestimmungen acceptirt. — Der Adressat einer Bestellung kann in einem Falle, in welchem der Besteller nicht vorherige briefliche Annahme, sondern Annahme durch Sendung der bestellten Waare erwartete, vorher trotzdem brieflich die Bestellung acceptiren; allein auch eine solche Annahmeerklärung braucht eben, weil sie überflüssig war, nicht innerhalb der Frist des Art. 319 H. G. zu erfolgen.

Digitized by Google

der Factureninhalt im Sinne des in diesem §. und in den §§. 4 und 5 (S. 28—57) Ausgeführten oder aber ist der Factureninhalt als Inhalt eines vom Absender an den ursprünglichen Besteller gerichteten Verkaufsofferts zu beurtheilen?

In der bisherigen Darstellung bin ich von der ersterwähnten Auffassung ausgegangen. Diese Meinung wird aber keineswegs allgemein getheilt. So ist (abgesehen von verschiedenen im folgenden §. S. 104 Anm. 25a zu erwähnenden Erkenntnissen) z. B. Ehrlich, Wiener Juristische Blätter 1890 S. 390, der Ansicht, ein Fall der vorerwähnten Art sei keineswegs ebenso aufzufassen, wie wenn Waare und Factura auf Grund eines perfecten Kaufvertrages, d. h. auf Grund vorhergegangener Annahme der Waarenbestellung zugesendet worden wäre. Die eben berührte Frage ist praktisch von der größten Tragweite und ich halte es daher für zweckmäßig, die Begründung meiner Ansicht nicht erst für den Schluß der Abhandlung (§. 10) vorzubehalten, sondern hier einzuschalten.

Ehrlich führt a. a. O. Folgendes aus: „Ganz analog dem Falle der unbestellten Waare ist derjenige zu behandeln, wo der Verkäufer eine an ihn ergangene Bestellung effectuirt hat, ohne vorher die Annahme derselben irgendwie erklärt zu haben. Dann liegt erst in der Effectuirung die Annahme der Bestellung; weicht sie aber von der Bestellung irgendwie ab, enthält insbesondere die Factura, welche sie begleitet, Bestimmungen, welche die Bestellung nicht enthielt oder anders enthielt, so ist das eine Annahme unter Bedingungen und Einschränkungen, daher eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage. Ob nun dieser neue Antrag angenommen wurde, kann im einzelnen Falle sehr zweifelhaft sein; steht dieß aber fest, so sind die Facturenbeisätze für das Rechtsverhältniß allerdings maßgebend, denn sie waren doch Bestandtheile des neuen, nunmehr angenommenen Vertrages.“[44]) — Gegen diese Ausführung habe ich nun Folgendes zu bemerken:

[44]) Ehrlich a. a. O. S. 390 hebt auch hervor, daß wenn „der Besteller Geld oder Accepte im Voraus einschickt“ und sich nachweisen ließe „daß der Verkäufer das Geld oder die Accepte nicht bloß in Verwahrung genommen, sondern wirklich angenommen hat, bevor der Käufer die Waare

Digitized by Google

a) Art. 322 H. G., an dessen Bestimmung „Eine Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen gilt als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrage" Ehrlich offenbar denkt, gilt für unseren Fall darum nicht, weil dieser Artikel nur dann Anwendung findet, wenn Annahme des Offerts durch Worte erwartet wurde und auch erfolgte.[45])

---

empfieng", damit auch festgestellt wäre „daß er die Bestellung schon im Augenblicke der Annahme des Acceptes angenommen und zwar so angenommen hat, wie sie ihm zugegangen ist, der Factura wäre also ein perfecter Kaufvertrag vorangegangen". Hierin ist Ehrlich unzweifelhaft beizustimmen. Der Adressat der Bestellung, welcher in solcher Weise über den ihm im vorhinein zugesendeten Kaufpreis disponirt hat, hat damit eine Handlung gesetzt, in Folge welcher er ohne die bona fides zu verletzen, nicht behaupten darf, er habe die Bestellung nicht so wie sie ihm zugegangen ist ausführen wollen. (Die Sache verhält sich hier ganz ähnlich, wie wenn Jemand, dem unbestellte Waare mit einer Factura zugegangen ist, über die Waare disponirt hat.) Concludentes Handeln gleich wirkender Art läge auch vor, wenn der Adressat einer Bestellung, dem der Kaufpreis nicht zugleich vorher eingesendet wurde, ohne früher eine Abänderung bzw. Ergänzung der Bestellung herbeigeführt zu haben, den Kaufpreis einzuziehen versucht z. B. also eine Tratte dem Besteller zum Accept einsendet oder aber eine Tratte auf den Besteller zieht. In allen Fällen dieser Art tritt besonders klar hervor, daß der Besteller einer Waare regelmäßig nicht Annahme des Kaufofferts in Worten, sondern sogleich Erfüllung erwartet.

[45]) Daß die Artt. 319, 320 und 321 H. G. nur dann gelten, wenn Annahme des Offerts in Worten erweckt wird und erfolgt, darf ich als feststehend ansehen. (Vgl. v. Hahn II S. 206 fg. §. 13 zu Art. 319, S. 213 §. 1 zu Art. 321, Sohm, Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 105 fg.) Da nun nicht anzunehmen ist, daß das Wort Annahme im Art. 322 in einem anderen Sinne gebraucht ist als in den drei unmittelbar vorhergehenden Artikeln, so darf m. E. auch Art. 322 H. G. nur auf eine in Worten erwartete und erfolgte, nicht aber auf eine re erfolgende Annahme bezogen werden. Für diese Auffassung spricht auch die Entstehungsgeschichte des Art. 322 H. G. Im preuß. Entwurf entsprechen den Artt. 320 und 322 des H. G. die beiden Absätze des Art. 239. Der untrennbare Zusammenhang der Bestimmungen der beiden Artt. 320 und 322 war also im preuß. Entwurfe durch deren Zusammenfassung in einen Artikel anerkannt. Daß sich nun Art. 239 preuß. Entw. lediglich auf einen durch Briefwechsel zu Stande gekommenen Vertrag bezog, wird in den Motiven S. 129 ausdrücklich gesagt. Die einschlägigen Ausführungen in den Berathungsprotokollen zum H. G. (S. 579 fg., S. 1362 fg.) gewähren aber nicht den mindesten Anhaltspunkt

Digitized by Google

b) Nimmt man an, jede Abweichung des Factureninhalts von der Bestellung oder einer gesetzlichen Dispositivvorschrift bzw. jeder sonstige den Besteller belastende Zusatz in der Factura bewirke, daß die Factura nunmehr als ein Verkaufsoffert zu beurtheilen ist, so gelangt man zu dem sonderbaren, praktisch schlechthin unerträglichen Ergebniß, daß jeder Facturavermerk solcher Art ausreiche, die Transportgefahr auf den Absender zu überwälzen.[46])

c) Ist man der Ansicht, jede Abweichung des Factureninhalts von der Bestellung oder einer gesetzlichen Dispositivvorschrift bzw. jeder sonstige den Besteller mit Unrecht belastende Facturavermerk bewirke, daß die Factura nunmehr als ein Verkaufsoffert zu beurtheilen ist, so muß man dem Besteller das Recht einräumen, das Beziehen der Sendung ohne weiteres zu verweigern. Ja, da ein Offert ohne Motivirung abgelehnt werden darf, so brauchte der das Beziehen der Sendung verweigernde Besteller dem Absender gar nicht mitzutheilen, der Grund seiner Weigerung sei der ihn mit Unrecht beschwerende Facturavermerk, sondern er dürfte sogar die Ertheilung dieser Aufklärung seiner Beantwortung der Kaufpreisklage des Absenders vorbehalten.[47])

---

für die Meinung, daß die Auflösung des Art. 239 preuß Entw. in zwei Artikel (Artt. 320 und 322 H. G.) den Zweck gehabt hätte, das Geltungsgebiet dieser beiden Artikel verschieden zu bestimmen.

[46]) Man nehme an, A bestellt bei B eine Partie Glaswaare, die B vorschriftsmäßig verpackt unter Wahrung aller gebotenen Vorsichten an A absendet. In Folge eines Transportunfalls langt ein Theil der Waare bei A zerbrochen an. A findet nun in der Factura eine Prorogationsclausel der oben S. 11 Anm. 26 erwähnten Art, während in seinem Bestellbrief von einer eventuellen Prorogirung keine Rede war. Wollte nun A behaupten, die Factura habe wegen dieses Vermerks ein neues Verkaufsoffert enthalten, B habe daher die Transportgefahr zu tragen und mithin brauche er (A) den Preis für die zerbrochene Glaswaare nicht zu bezahlen, so wäre das eine Argumentation, welche gewiß nicht Billigung verdiente.

[47]) Der Besteller könnte also in dem in der vorigen Anmerkung gegebenen Beispiel wegen der Prorogationsclausel oder wegen einer Reclamationen an eine bestimmte Frist knüpfenden Clausel das Beziehen der Waare einfach verweigern und es müßte genügen, wenn er den Grund seiner Weigerung erst gegenüber der Kaufpreisklage vorbringt. Ich meine, daß dem berechtigten Interesse des Bestellers doch ausreichend dadurch genügt wird, daß

Digitized by Google

Ferner dürfte der Besteller, selbst wenn sich der Absender auf seine Ablehnung hin bereit erklärt hätte, von dem ihm bekannt gegebenen ungerechtfertigten Facturavermerk abzustehen, seine Ablehnung aufrecht erhalten.[48]) Und zwar müßte dieß ohne Rücksicht darauf gelten, ob die Bestellung fix für einen bestimmten Termin erfolgte, oder ob eine Zeitbestimmung dieser Art in der Bestellung fehlte. Faßt man nemlich die Factura, welche einen den Besteller mit Unrecht beschwerenden Vermerk enthielt, als eine die Bestellung ablehnende, ein Gegenoffert des Absenders enthaltende Erklärung auf, so ist der Absender nach erfolgter Ablehnung dieses Gegenofferts offenbar nicht mehr in der Lage, auf die — von ihm ja abgelehnte — Bestellung zurückzugreifen. Seine später abgegebene Erklärung, von dem ungerechtfertigten Vermerk abstehen zu wollen, könnte also den Besteller nicht verpflichten, seine ursprüngliche Bestellung noch als wirksam anzuerkennen.[49])

---

man solche Clauseln, insoferne man sie ungerechtfertigt findet — vgl. oben S. 11 Anm. 26 und unten S. 123 fg. — zu seinen Gunsten als unwirksam behandelt. Darüber aber hinauszugehen ist weder billig noch zweckmäßig. M. E. ist der Empfänger eines Gegenofferts in Folge seines ursprünglichen Offerts nicht verpflichtet, das Gegenoffert bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung desselben abzulehnen; m. a. W. sein Schweigen bedeutet nicht Annahme des Gegenofferts. (Das ursprüngliche Offert ist ja durch die unter Stellung eines Gegenofferts erfolgte Ablehnung desselben gegenstandslos geworden und könnte höchstens für den Fall der Annahme des Gegenofferts eventuell als Mittel der Feststellung des Vertragsinhalts in Betracht kommen; vgl. hiezu unten §. 10 Anm. 4.) Theilt man diese Auffassung und ist man der Ansicht, jeder den Besteller mit Unrecht belastende Facturavermerk bewirke, daß die Factura nunmehr als Verkaufsoffert anzusehen ist, so gelangt man zu dem offensichtlich unbilligen Ergebniß, daß der Besteller, insoferne nur nicht feststellbar ist, er habe das in der Factura enthaltene angebliche Gegenoffert nicht ausdrücklich oder irgendwie stillschweigend angenommen, die Ablehnung des Gegenofferts erst gegenüber der Kaufpreisklage des Absenders der Waare auszusprechen in der Lage ist.

[48]) Der Besteller, der in der Factura etwa die ihn mit Unrecht beschwerende Clausel findet, „Reclamationen werden nur binnen 8 Tagen berücksichtigt", wäre also in der Lage, trotz der Erklärung des Absenders, er bestehe auf dieser Clausel nicht, die Annahme der bestellten Waare definitiv zu verweigern.

[49]) Seine spätere Erklärung enthielte vielmehr ein neues (mit der

Digitized by Google

d) Ich bestreite natürlich nicht, daß der Adressat einer Bestellung in der Lage ist und es eventuell seinem Interesse entsprechend finden wird, die Ausführung der Bestellung zwar abzulehnen, zugleich aber an den Besteller ein Verkaufsoffert unter Zusendung von Waaren, die der Bestellung mehr oder weniger entsprechen, zu richten. Allein m. E. muß der Absender (Adressat der Bestellung) einer solchen Intention einen für den Empfänger (Besteller) erkennbaren Ausdruck gegeben haben.[49a]) Ist dieß nicht geschehen, so hat der Oblat einerseits ein Recht darauf und muß es sich andererseits gefallen lassen, daß man die facturirte Sendung als Ausführung der Bestellung und nicht als ein unter Zusendung unbestellter Waare an den ursprünglichen Besteller gerichtetes Gegenoffert auffaßt. Hat etwa der A nach vorausgegangener Bestellung vom B eine Sendung mit einer Factura erhalten, in welcher es heißt, die Bestellung könne nicht in der gewünschten Weise ausgeführt werden, B offerire ihm aber die facturirte Waare zu den facturirten Bedingungen, so wird Niemand daran zweifeln, daß hier ein bloßes Offert und nicht Ausführung einer Bestellung vorlag.[50]) Das gleiche wird auch dann gelten, wenn in der Factura eine ähnliche Erklärung fehlte, der Inhalt der Factura aber bezüglich eines der essentialia negotii von der Bestellung so erheblich abwich, daß der Empfänger wissen mußte, die Factura enthalte nur ein durch die Bestellung veranlaßtes Gegenoffert.[51])

ursprünglichen Bestellung allerdings inhaltlich übereinstimmendes) zweites Gegenoffert, welchem gegenüber der Empfänger der Waare, dessen ursprüngliche Bestellung ja abgelehnt und daher gegenstandslos geworden wäre, völlig freie Hand hätte.

[49a]) Wer in Erwiderung einer Bestellung Waare einsendet, wird normaler Weise die Bestellung ausführen und nicht eine durch die Bestellung veranlaßtes Gegenoffert stellen wollen. Von diesem Standpunkte muß und darf daher bei Interpretation der die Sendung begleitenden Erklärung ausgegangen werden.

[50]) Ob diese oder eine ähnliche Bemerkung in der Factura selbst oder in einem Begleitschreiben steht, ist natürlich irrelevant.

[51]) Ein bloßes Gegenoffert wird also vorliegen, wenn A nach vorausgegangener Bestellung der Waare X um den Preis von 10 eine Factura erhielt, in der der Preis mit 20 angesetzt war; ebenso wenn ein erheblich größeres Quantum facturirt worden wäre, als bestellt war.

Digitized by Google

Der Absender, welcher behauptet, trotz des bestellungswidrigen[52]) Facturavermerks liege Ausführung einer Bestellung und nicht ein bloßes Verkaufsoffert vor und hieraus eine für ihn vortheilhafte Consequenz zieht[53]), hat diese seine Behauptung zu beweisen.[54]) Ebenso wäre es Sache des Absenders, welcher behauptet, die Factura habe in Folge des bestellungswidrigen Vermerks ein bloßes Verkaufsoffert enthalten und der Empfänger habe daher durch das Behalten der Sendung den gesammten Factureninhalt genehmigt, diese Qualification der Factura zu rechtfertigen.[55])

e) Der Besteller ist mithin ebenso verpflichtet wie berechtigt anzunehmen, die nach vorhergegangener Bestellung mit einer Waarensendung bei ihm eintreffende Factura enthalte im Zweifel — d. h. insoferne nicht einer der zu d besprochenen Fälle vor-

[52]) Bei bestellungswidrigen Facturavermerken wird die im Folgenden erörterte Frage namentlich praktisch werden; ich spreche daher der Einfachheit wegen im Texte nur von bestellungswidrigen Vermerken. Das gleiche gilt aber, wie nach allem Vorbemerkten kaum mehr besonders betont zu werden braucht, auch von Facturavermerken, die einer gesetzlichen Dispositivvorschrift widersprechen oder den Empfänger sonst mit Unrecht beschweren.

[53]) Z. B. der Absender klagt den facturirten Kaufpreis ein; der Beklagte bestreitet zur Zahlung des Preises (für die auf dem Transporte beschädigte und daher von ihm zurückgewiesene Waare) verpflichtet zu sein, weil die Factura einen höheren als den in der Bestellung erwähnten Preis und daher lediglich ein Verkaufsoffert enthalten habe.

[54]) M. a. W. im Zweifel wäre gegen den Absender zu erkennen. — Diese Vertheilung der Beweislast rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß es ja Sache des klagenden Verkäufers ist, darzuthun, daß die zugesendete Waare als gekaufte Waare anzusehen ist, daß er also eine Bestellung ausgeführt und nicht bloß offerirt hat.

[55]) Auch dann ist also m. E. im Zweifel gegen den Absender zu erkennen. — Für diese Auffassung spricht die Erwägung, daß derjenige Streittheil, welcher behauptet, eine von ihm redigirte Erklärung sei vom anderen Theile genehmigt, also lex contractus geworden, die Prämissen für diese Schlußfolgerung zu beweisen hat. Ferner ist ja überhaupt zu sagen, es sei billig und zweckmäßig, daß der Facturenaussteller im Zweifel die aus der bestellungswidrigen (oder sonst ungerechtfertigten) Facturirung sich ergebenden Nachtheile trage. Endlich ist hervorzuheben, daß es dem Facturenaussteller möglich gewesen wäre, durch entsprechende Stylisirung der Factura bzw. des Begleitschreibens jeden Zweifel darüber auszuschließen, ob er bloß ein durch die Bestellung veranlaßtes Gegenoffert stellen oder aber bestellte Waare liefern wollte. (Vgl. oben S. 82 zu Anm. 50.)

Digitized by Google

liegt — trotz eines bestellungswidrigen oder sonst ungerechtfertigten Vermerks nicht ein bloßes Verkaufsoffert, sondern eine eine Lieferung bestellter Waare begleitende Erklärung. Hieraus folgt aber ein Doppeltes: α) Der Besteller ist im Zweifel nicht berechtigt, die ihm mit einer solchen Factura zugehende Waare als unbestellte Waare zurückzuweisen.[56]) β) Der Besteller darf davon ausgehen, der Absender habe die Bestellung ausgeführt; der Besteller darf mithin annehmen, der bestellungswidrige bzw. sonst ungerechtfertigte Facturavermerk sei entweder durch ein Versehen des Absenders in die Factura aufgenommen worden oder aber enthalte einen Vorschlag (ein Offert) zu einer Modification bzw. Ergänzung des durch die Absendung der Waare und Factura perfect gewordenen Kaufvertrages.[57])

f) Wird also die Frage aufgeworfen, ob der Besteller, dessen Offert erst unter Zusendung der Waare beantwortet

---

[56]) Ein Beispiel: A bestellt bei B eine Waare X fix für den 10. April. B sendet, ohne vorher die Bestellung besonders angenommen zu haben, die bestellte Waare genau für den 10. April; der facturirte Preis entspricht der Bestellung; in der Factura wird aber für die Emballage ein Betrag angesetzt, den A mit Recht zu hoch findet. A der in Folge eines Zwischenfalls die facturirte Waare nicht zu verwenden in der Lage ist, versucht nun der Zahlungspflicht dadurch zu entgehen, daß er die Waare sofort „zur Disposition" stellt und erklärt, in Folge des erwähnten ungerechtfertigten Vermerks brauche er die Waare nicht als gekauft anzusehen. B antwortet sofort, er verzichte auf jede Vergütung für die Emballage, bitte aber die Waare zu beziehen und den facturirten Preis zu bezahlen. Hierauf erwidert A, das Geschäft sei ein Fixgeschäft gewesen, er sei nach dem 10. April überhaupt nicht verpflichtet, die Waare zu beziehen, auch sei ja die Bestellung von B durch seine ein Gegenoffert enthaltende Factura (vgl. oben Anm. 49) abgelehnt worden und verweigert auf Grund dieser Argumentation die Zahlung. Von dem im Texte vertretenen Standpunkte aus ist die Einwendung des A zurückzuweisen und derselbe zur Zahlung des facturirten Preises zu verurtheilen. Wer dagegen in der Factura des B ein bloßes Verkaufsoffert erblickt, muß das Klagebegehren und zwar auch dann abweisen, wenn das Geschäft nicht als Fixgeschäft zu qualificiren gewesen wäre. (Vgl. oben S. 81.)

[57]) Daß der Besteller, welcher annehmen darf, der Absender habe die Bestellung ausgeführt, den Facturavermerk in dieser Weise zu interpretiren berechtigt ist, ergibt sich aus dem oben S. 48 und Anm. 14 ebenda Ausgeführten.

Digitized by Google

wurde, hinsichtlich der Rügepflicht bezüglich des Factureninhalts anders zu beurtheilen ist, als ein Besteller, dessen Kaufsoffert bereits vorher angenommen worden war, so ist zu sagen, daß diese Frage für alle jene Fälle zu verneinen ist, in welchen die Factura trotz eines bestellungswidrigen bzw. sonst ungerechtfertigten Facturavermerks als eine eine Lieferung bestellter Waare begleitende Erklärung aufzufassen ist. Nur für jene relativ seltenen Fälle, in welchen der Empfänger im Sinne des zu d Ausgeführten wahrnehmen mußte, daß die Factura ein bloßes Verkaufsoffert enthalte, ist es richtig zu sagen, daß der Empfänger schon durch Acte der Disposition über die facturirte Waare den gesammten Factureninhalt genehmigt hat.[58])

[58]) Vgl. hiezu unten §. 10.

Digitized by Google

§. 7.

VIII. Angabe des Zahlungsortes.

A. Sehr viele Facturen enthalten einen Vermerk, welcher angibt, daß der Verkäufer Zahlung des ihm zukommenden Entgelts an einem bestimmten Orte in Anspruch nimmt.[1]) Ist der in der Factura angegebene Zahlungsort der Ort, an welchem der Verkäufer zur Zeit der Entstehung seiner Forderung „seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hatte", so entspricht ein solcher Vermerk der gesetzlichen Dispositivvorschrift des Art. 325 Abs. 1 H. G. Der Käufer vermag sich daher der Verpflichtung, die Zahlung dem Verkäufer „auf seine Kosten und Gefahr" an diesen „Ort zu übermachen", nur dann zu entziehen, wenn er darzuthun in der Lage ist, daß ein anderer Zahlungsort ausdrücklich oder stillschweigend verabredet worden war.[2]) Der Möglichkeit, diese Verabredung geltend zu machen, wird der Käufer dadurch allein, daß er den vertragswidrigen Facturavermerk nicht bzw. nicht rechtzeitig beanstandet hat, nicht verlustig.[3]) Gibt die Factura dagegen einen anderen Zahlungsort an (heißt es z. B. in der Factura des Verkäufers, der in X. seine Handelsniederlassung hat, „zahlbar in Wien"),

[1]) Vgl. oben S. 8 Anm. 14.

[2]) Die Worte „wenn nicht ein anderes aus dem Vertrage oder aus der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten hervorgeht" im Absatze 1 des Art. 325 besagen nichts weiter als „wenn nicht ein anderer Zahlungsort ausdrücklich oder stillschweigend verabredet ist". Vgl. v. Hahn II S. 219 zu Art. 324 Abs. 1 und R. O. H. G. XVI Nr. 99 S. 394.

[3]) Wir haben ja oben S. 50 fg. gehört, daß es dem Käufer, selbst wenn er einen die Höhe seiner Gegenleistung, also ein essentiale negotii, unmittelbar beeinflussenden Vermerk nicht rechtzeitig beanstandet hat, freisteht, dessen Vertragswidrigkeit bzw. Unbilligkeit darzuthun.

Digitized by Google

so ist es Sache des Verkäufers, die Vertragsmäßigkeit dieses von der gesetzlichen Dispositivvorschrift abweichenden Vermerks darzulegen.[4]) Dieß gilt nicht nur dann, wenn der Käufer den Vermerk rechtzeitig gerügt, sondern m. E. auch in dem Falle, wenn der Käufer es unterlassen hat, den ihn ungerechtfertigter Weise belastenden Vermerk rechtzeitig zu beanstanden.[5]) Der

[4]) Der Verkäufer wird also z. B. darlegen, daß der gleiche Vermerk sich bereits in dem Preiscourant, durch dessen Zusendung der Verkäufer eingeladen wurde mit ihm in Geschäftsverbindung zu treten, befand (vgl. oben S. 70 Anm. 26a), oder daß der facturirte Zahlungsort in der bisherigen Geschäftsverbindung stets als Zahlungsort gegolten hat.

[5]) Aus der Praxis ist zum Folgenden vorläufig die bereits wiederholt angeführte, in der Berliner Juristischen Wochenschrift 1886 S. 232 und in Gellers Centralblatt 1886 S. 661 mitg. lehrreiche Entscheidung des deutschen Reichsgerichts vom 5. Juni 1886 Nr. 145/86 I zu vergleichen. Hier heißt es: „Es ist durch den Vertragsschluß in Verbindung mit den angeführten gesetzlichen Bedingungen ein festes Obligationsverhältniß zwischen den Parteien perfect geworden, Inhalts dessen für den Beklagten P. der Erfüllungsort für die ihm obliegenden Vertragspflichten ist. Von diesem perfecten Rechtsverhältnisse konnte sich keiner der beiden Contrahenten einseitig losmachen oder einseitig Aenderungen des Obligationsinhalts vornehmen. Eine solche wirkungslose, einseitige Aenderung des Obligationsinhalts ist es aber, wenn der Verkäufer in der Factura dem Käufer einen anderen Erfüllungsort vorzuschreiben sich unterfängt, als denjenigen, welcher, sei es nach ausdrücklicher Vereinbarung oder durch das ergänzende Gesetz für das Rechtsverhältniß der Parteien vorher festgestellt war. Von einer solchen an sich wirkungslosen Facturaclausel braucht der Käufer gar keine Notiz zu nehmen; er ist nicht verpflichtet gegen die Clausel Widerspruch zu erheben unter dem Präjudiz, daß sein Schweigen die Bedeutung der Zustimmung zu der Clausel habe. Die Annahme der Factura und der übersandten Waare ohne Widerspruch gegen jene Facturaclausel verpflichtet den Käufer nicht, seine Vertragspflicht an dem vom Verkäufer in der Factura einseitig abweichend von dem Inhalte der perfecten Obligation bestimmten Erfüllungsorte zu erfüllen. Für den Käufer ist und bleibt vielmehr der nach Inhalt der perfecten Obligation geltende Erfüllungsort ohne Rücksicht auf das spätere einseitige Gebahren des Verkäufers. Eine Aenderung des nach der ursprünglichen perfecten Obligation geltenden Erfüllungsortes würde nur eingetreten sein, wenn der Käufer sich ausdrücklich oder durch concludentes Verhalten mit der nur als eine Offerte zur Vertragsänderung seitens des Verkäufers zu behandelnden Facturaclausel einverstanden erklärt hätte; als ein solches concludentes Verhalten des Käufers ist es aber für sich allein noch nicht anzusehen, wenn derselbe die jene Clausel enthaltende Factura und die

Digitized by Google

Verkäufer, welcher wünscht, der Käufer solle an einem anderen Orte, als an dem durch gesetzliche Dispositivvorschrift und zwar in einer für ihn sehr vortheilhaften Weise normirten Zahlungsorte zu erfüllen verpflichtet sein, hat dafür zu sorgen, daß es ihm möglich sei, die betreffende ausdrücklich oder stillschweigend zu Stande gekommene Vereinbarung zu beweisen. Hat er dieß unterlassen, so hat nicht die Factura die Aufgabe, seine Situation zu verbessern und ihm ein anderweitiges Beweismittel eventuell zu ersetzen. Es wäre vielmehr m. E. unbillig, dem Verkäufer dadurch zu Hilfe zu kommen, daß man sagt, der Käufer sei verpflichtet gewesen, den ihm nicht genehmen, den Zahlungsort erwähnenden Facturavermerk rechtzeitig zu beanstanden, der Vermerk beweise, falls er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, bis auf weiteres gegen ihn und es sei ihm lediglich der Gegenbeweis der Vertragswidrigkeit des Facturavermerks vorbehalten.[6])

übersandten Waaren annimmt, ohne Widerspruch gegen die Clausel zu erheben. Bloßes Stillschweigen bedeutet nicht Annahme, sondern Ablehnung einer Offerte. Es hat sich auch weder ein hievon abweichendes Handelsgewohnheitsrecht im Sinne des Art. 1 des H. G. B. gebildet, noch ist das Bestehen eines allgemeinen Handelsgebrauches des fraglichen Inhalts im Sinne des Art. 271 des H. G. B. anzuerkennen. Ebensowenig ist anzuerkennen, daß eine Verletzung von Treue und Glauben darin zu finden sei, wenn der Käufer die Factura und die Waarensendung, welche ihm der Verkäufer nach dem Vertrage schuldet, annimmt und von der Facturaclausel, durch welche der Verkäufer in seinem Interesse eine einseitige Aenderung des Obligationsinhalts bezweckt, keine Notiz nimmt, sondern an dem ursprünglichen Obligationsinhalt festhält."

[6]) Die Sache liegt auch hier — vgl. oben S. 70 Anm. 26a Abs. 1 — anders, als wenn der Verkäufer z. B. behauptet, er dürfe für die gelieferte Waare einen bestimmten Preissatz berechnen und sich zum Belege hiefür auf einen Vermerk in der Factura beruft, den der Käufer nicht gerügt hat. Da jeder Käufer die bezogene Waare bezahlen muß, so war es auch Sache des Käufers, für eine eventuelle vorherige Preisvereinbarung zu sorgen und sich die Möglichkeit, dieselbe zu beweisen, zu sichern. Darum ist es, wie bereits wiederholt hervorgehoben wurde, recht und billig, daß dem Käufer die Beweislast bezüglich der behaupteten Vertragswidrigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des unbeanstandet gebliebenen Facturavermerkes auferlegt wird. In unserem Falle war es dagegen ausschließlich im Interesse des Verkäufers gelegen, wenn er sich bei der Dispositivvorschrift des Art. 325

Digitized by Google

B. Nach §. 43 der Civil-Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852 R. G. Bl. Nr. 251 können, wenn der Ort, wo eine Zahlung geleistet werden soll, in dem Vertrage „ausdrücklich bestimmt worden ist, — alle Klagen in Beziehung auf diesen Vertrag, sie mögen auf dessen Erfüllung, Aufhebung oder auf Entschädigung wegen Nichterfüllung desselben gerichtet sein, bei dem Gerichte angebracht werden, welchem der Geklagte unterstände, wenn er sich an dem Orte befände, wo der Vertrag erfüllt werden soll". Wir haben uns nun mit der Frage zu beschäftigen, ob der Verkäufer, welcher dem Käufer gelegentlich der Lieferung bestellter Waare eine Factura übersendet hat[7]), in welcher ein bestimmter Zahlungsort angegeben wird, die Zuständigkeit des (sachlich competenten) Gerichts[8]) des angegebenen Ortes als forum contractus eventuell unter Berufung auf den Facturavermerk zu beweisen in der Lage ist.[9]) Bekanntlich wird

---

Abs. 1 nicht beruhigen wollte, eine Verabredung über den ihm genehmen anderweitigen Zahlungsort herbeizuführen und sich die Möglichkeit, dieselbe zu beweisen, zu sichern. Hat er dieß unterlassen, so ist es mit nichten ex aequo et bono begründet, das Fehlen eines anderweitigen Beweismittels dadurch für ihn unschädlich zu machen, daß man einem unbeanstandet gebliebenen Facturavermerk bis auf weiteres Wirksamkeit zuspricht und dem Käufer lediglich den Gegenbeweis der Vertragswidrigkeit des Facturavermerks vorbehält.

[7]) Außer Betracht bleiben im Folgenden zunächst folgende Fälle: a) Der Fall der Zusendung einer eine derartige Clausel enthaltenden Factura gelegentlich der Ueberschickung unbestellter Waare (vgl. hierüber unten §. 10); b) der Fall persönlicher (inter praesentes erfolgter) Uebergabe der einen solchen Vermerk enthaltenden Factura gelegentlich der Lieferung bestellter Waare (vgl. hierüber unten S. 107 Anm. 29); c) der Fall persönlicher Uebergabe der einen solchen Vermerk enthaltenden Factura beim Kaufabschlusse selbst. (Vgl. hiezu unten S. 107 Anm. 29.)

[8]) Wo im Folgenden von dem Gerichte des Zahlungsortes die Rede ist, ist stets das sachlich zuständige unter verschiedenen, eventuell örtlich competenten Gerichten des facturirten Zahlungsortes gemeint.

[9]) Vermag der Verkäufer zu beweisen, daß der Käufer den Facturavermerk durch eine ausdrückliche Erklärung (etwa in einem Briefe oder mündlich) als Bestandtheil des Kaufvertrages anerkannt hat, so ist die im Texte formulirte Frage natürlich zu bejahen. Von den nicht allzu häufigen Fällen dieser Art sehe ich im Folgenden ganz ab. Ebenso bleibt außer Betracht der Fall, daß eine gelegentlich des Kaufabschlusses von den Parteien oder doch vom Käufer ausgefertigte Urkunde Factura genannt wird.

Digitized by Google

diese Frage von unserem Obersten Gerichtshofe constant grundsätzlich bejaht und denselben Standpunkt vertritt auch fast durchwegs unsere sonstige Praxis.[10]) In der Formulirung der Vor-

---

Enthielte eine derartige „Factura" den Vermerk eines bestimmten Zahlungsortes, so wäre natürlich das forum contractus begründet. (Auf einen Fall der letzteren Art beziehen sich die Erkenntnisse Slg. XXIV Nr. 11200.)

[10]) Die einschlägigen Erkenntnisse sind nach der Art und Weise, wie sie die Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein die Zuständigkeit des Gerichts des facturirten Zahlungsortes als forum contractus als begründet angesehen wird, formuliren, etwa in folgende Gruppen einzutheilen:

a) In nachstehenden Judicaten wird entscheidendes Gewicht darauf gelegt, daß der Käufer die Waare, welche mit der einen Vermerk des Zahlungsortes enthaltenden Factura bei ihm anlangte, angenommen (in Empfang genommen hat): O. G. H. Adler-Clemens II Nr. 238, O. L. G. und O. G. H. ebenda III Nr. 267, O. L. G. und O. G. H. ebenda III Nr. 320 (hier wird ausdrücklich hervorgehoben, die Factura dürfe nicht nach der Waare angekommen sein), H. G. Wien, O. L. G. und O. G. H. Slg. IV Nr. 1563 (das O. L. G. erklärt es für genügend, wenn nur die erste Waarensendung von einer derartigen Factura begleitet war, während die beiden anderen Instanzen fordern, jede der Sendungen müsse von einer solchen Factura begleitet sein), O. G. H. Slg. III Nr. 1302 (anstandslose Annahme der Waare), Slg. VI Nr. 2764, VII Nr. 3585, IX Nr. 4147 (auch hier wird anerkannt, die Factura dürfe nicht nach der Waare angekommen sein), B. G. Freistadt, O. L. G. und O. G. H. ebenda XV Nr. 6410, H. G. Prag und O. G. H. ebenda XVII Nr. 7638, O. L. G. Gellers Centralblatt VI S. 431 Nr. 290 (irrelevant Rücksendung der Factura und Zurdispositionsstellung der Waare).

b) Das (definitive) Behalten der mit der einen Zahlungsort normirenden Factura anlangenden Waare erklärt für entscheidend O. L. G. Prag Slg. X Nr. 4709. Aehnlich auch B. G. Hainspach Slg. VIII Nr. 3978 (vgl. zu diesem Erkenntniß unten S. 95 Anm. 15); vgl. auch O. G. H. Slg. V Nr. 2255.

c) Darauf, daß die Factura den betreffenden Ort als Zahlungsort normirt habe, legt allein Gewicht das vom O. G. H. bestätigte Erk. des O. L. G. Wien Slg. XXII Nr. 9910 und wohl auch O. L. G. Wien ebenda XX Nr. 9068; vgl. auch die unten zu e angeführten Erkenntnisse des O. L. G. und des O. G. H. Adler-Clemens V Nr. 861 (Slg. XVII Nr. 7651).

Daß es allein darauf ankomme, daß die Factura mit dem den betreffenden Ort als Zahlungsort angegebenen Vermerke versehen gewesen sei und daß dieß auch dann gelte, wenn die Factura nach der Waare dem Käufer zugekommen sei, wird behauptet vom O. L. G.

Digitized by Google

aussetzungen, bei deren Vorhandensein die Zuständigkeit des Gerichts des in der Factura angegebenen Zahlungsortes als

und vom O. G. H. Adler-Clemens II Nr. 152 (das H. G. war anderer Ansicht); ferner vom B. G. Komotau und vom O. G. H. in den auf einen Lohnvertrag sich beziehenden Erkenntnissen ebenda V Nr. 881 — Slg. XVIII Nr. 8007 — (das O. L. G. war anderer Ansicht; vgl. unten S. 94 fg. Anm. 14; der betreffende Vermerk war noch dazu mit dem Rechnungsstempel überklebt gewesen (!); der O. G. H. legte auch auf die Nichtbeanstandung der Factura Gewicht); ferner vom O. L. G. und vom O. G. H. Adler-Clemens VI Nr. 1107 (Slg. XXI Nr. 9599; der O. G. H. hatte auch auf die Nichtbeanstandung der Factura Gewicht gelegt); vom H. G. Slg. XIX Nr. 8360. (Vgl. zu sämmtlichen in diesem Absatze erwähnten Erkenntnissen oben S. 29 Anm. 5.)

d) Auf die Annahme der Factura, welche einen den betreffenden Ort als Zahlungsort angehenden Vermerk enthält, legt allein Gewicht: H. G. Wien Slg. XII Nr. 5553 (vom O. L. G. und vom O. G. H. bestätigt); auf die vorbehaltlose Annahme H. G. Prag Slg. XIII Nr. 5640 (die Ausdehnung des so begründeten forum contractus auf den Bürgen und Zahler wird vom O. L. G. und vom O. G. H. abgelehnt); auf die anstandslose Annahme der Factura O. G. H. Slg. X Nr. 4709 (irrelevant Bemängelung und Zurdispositionsstellung der Waare). Ferner O. G. H. in der Plenar-Entscheidung vom 11. Nov. 1890 Z. 301 Praes. im Verordnungsblatt des Justizministeriums 1890 S. 220 und O. L. G. Slg. XXV Nr. 11718.

e) Auf die Nichtbeanstandung des einen Zahlungsort normirenden Facturavermerks legen neben den eben zu c erwähnten Entscheidungen noch die folgenden Erkenntnisse entscheidendes Gewicht: H. G. Wien in dem vom O. G. H. bestätigten Erk. Buschs Archiv I S. 241, H. G. Adler-Clemens III Nr. 320, H. G. ebenda III Nr. 411 (hier handelte es sich nicht um einen Kauf, sondern um eine Rechnung für Besorgung handelsgeschäftlicher Zeitungsinsertionen), O. L. G. und O. G. H. ebenda IV Nr. 535 (der O. G. H. erklärt es sogar für irrelevant, daß der Käufer die Factura wegen nicht erfolgter Bestellung der an ihn expedirten Waare überhaupt dem Absender zurückstellte; er habe den den Zahlungsort normirenden Vermerk besonders beanstanden müssen), H. G. ebenda V Nr. 825, O. L. G. und O. G. H. ebenda V Nr. 861 (das O. L. G. hebt besonders hervor, eine sonstige Beanstandung der Waare sei irrelevant); O. L. G. und O. G. H. ebenda VI Nr. 952 (auch Slg. XIX Nr. 8290 mitg.; das H. G. hat principiell die gleiche Auffassung, hält aber den Vermerk „zahlbar bei mir" für zweideutig); O. G. H. ebenda VI Nr. 1065 (Slg. XXI Nr. 9294; das Princip gelte nur bei Handelsgeschäften; vgl. unten S. 95 Anm. 14); 1. Inst. ebenda VI Nr. 1100; O. G. H. Slg. III Nr. 1260 (Empfang der Waare und Factura; Nichtbeanstandung des den Zahlungsort fixirenden Facturavermerks; irrelevant sonstige Bemängelung der Waare); O. G. H. Slg.

Digitized by Google

forum contractus angenommen wird, stimmen zwar, wie sich aus der in Anm. 10 gegebenen Zusammenstellung ergibt, die

VI Nr. 3088 (Nichtbeanstandung der zugleich mit der Waare übersandten Factura); O. G. H. Slg. VIII Nr. 3978 (hier wird noch insb. als irrelevant hervorgehoben, daß Käufer den Kaufpreis für einige Waaren nach dem facturirten Zahlungsorte eingesendet hat, sowie daß eine vorherige Vereinbarung über die Höhe des Kaufpreises nicht stattgefunden hatte); H. G. Slg. XVI Nr. 7064 (vom O. G. H. bestätigtes Erk.; auf das spätere Beziehen der Waare wird Gewicht gelegt); O. L. G. und O. G. H. Adler-Clemens V Nr. 861 (Slg. XVII Nr. 7651; irrelevant sei, daß Käufer in einem Briefe seine Pflicht die ganze mit der Factura zugesendete Waarenmenge zu übernehmen in Abrede stellte); O. L. G. und O. G. H. Slg. XIX Nr. 8360; H. G. und O. G. H. Slg. XXII Nr. 9880; O. L. G. Slg. XXIV Nr. 10890; O. L. G. und O. G. H. Slg. XXIV Nr. 11127 (das O. L. G. hielt das forum contractus für begründet, obwohl Käufer die Waare und die Factura, da erstere nicht mustergemäß sei, zurückgestellt, weil er den Vermerk des Zahlungsortes nicht gerügt habe; der O. G. H. war anderer Ansicht, „man könnte den Käufer nur dann für zustimmend erachten, wenn er nebst der Factura auch die bezügliche Waare in Empfang genommen und keine Einwendung gegen die eine oder andere erhoben hätte"); O. G. H. Slg. XXV Nr. 11718; O. L. G. und O. G. H. Gellers Centralblatt VI Nr. 69 S. 104 fg. (das O. L. G. erklärt die Beanstandung des facturirten Preises für nicht ausreichend); O. G. H. ebenda VI Nr. 148 S. 431 (auch hier wird Beanstandung des facturirten Preises für nicht ausreichend erklärt); O. G. H. ebenda VII Nr. 16 S. 45 fg. (das O. L. G. erklärte die Beanstandung der den Zahlungsort erwähnenden Clausel dann für überflüssig, wenn der Käufer die Waare nicht annimmt; anderer Ansicht war aber der O. G. H., welcher auch in einem solchen Falle specielle Beanstandung der erwähnten Clausel verlangt); O. L. G. und O. G. H. ebenda VII Nr. 362 S. 576 fg.

f) Das vom O. G. H. bestätigte Erkenntniß des B. G. Warnsdorf Adler-Clemens VI Nr. 1074 (Slg. XXI Nr. 9372) legt darauf Gewicht, daß während der ganzen Dauer der Geschäftsverbindung jede Rechnung oder Factura den ausdrücklichen Beisatz „zahlbar loco Y" enthielt, und daß der Käufer alle diese Rechnungen oder Facturen ohne Beanstandung dieses Beisatzes angenommen hat. Die 1. und 3. Instanz nehmen auf dieser Grundlage an, das forum contractus sei auch gegen den die Schuld des Käufers übernehmenden Dritten begründet, während das O. L. G. in diesem letzteren Punkte anderer Meinung war.

g) In dem Adler-Clemens VI Nr. 1107 (Slg. XXI Nr. 9599) mitg. Erk. des K. G. Brüx heißt es: Es könne nicht bezweifelt werden, daß der Zusatz „Zahlbar in X." das forum contractus begründe, „wenn die Uebersendung der Factura an den Käufer erst die Annahme eines von

Digitized by Google

die Frage grundsätzlich bejahenden Entscheidungen nicht ganz überein.[11]) Im Sinne der weitaus überwiegenden Zahl dieser Erkenntnisse ist indeß die in unserer Praxis herrschende Mei-

dem Käufer gestellten Kaufvertrages seitens des Verkäufers bildet"; anders verhalte es sich dagegen dann, wenn Offerte und Annahme der Offerte der Uebersendung der Factura vorausgiengen, und bei Abschluß des Vertrages der Zahlungsort nicht ausdrücklich bestimmt worden sei. Aehnlich äußert sich auch das H. G. Prag in dem Slg. XVII Nr. 7651 — Adler-Clemens V Nr. 861 — mitg. Erkenntniß (die Factura könne nur „in jenen Fällen als ein Bestandtheil des durch stillschweigende Einwilligung zum Abschlusse gekommenen Vertrages angesehen werden —, in denen nicht der Abschluß eines förmlichen, durch ausdrückliche Erklärung zu Stande gekommenen Vertrages vorhergegangen ist, weil ein bereits in dieser Weise abgeschlossener Vertrag durch die einseitige Willensäußerung des einen Compaciscenten in seinen rechtlichen Wirkungen weder aufgehoben, noch auch nur abgeändert werden kann").

h) Endlich sei noch hervorgehoben, daß das O. L. G. Wien Slg. XXV Nr. 11781 das forum contractus dann für nicht begründet hält, wenn der Käufer die den Zahlungsort angebende Factura erst zugesandt erhielt, nachdem er seinen Willen, die zugesandte Waare nicht zu behalten, erklärt und dieselbe zurückgesandt hatte. Die Competenz des angerufenen Wiener Gerichts wurde aber in reciproker Anwendung des §. 35 der ungar. C. P. O. (vgl. hiezu unten S. 115) als begründet anerkannt. Das obergerichtliche Judicat wurde vom O. G. H. bestätigt.

[11]) Von den Erkenntnissen, die nicht auf dem principiellen Standpunkte der in Anm. 10 zusammengestellten Entscheidungen stehen, seien die folgenden genannt: H. G. Adler-Clemens II Nr. 238 (der exceptio fori wird stattgegeben, weil Verkäufer nachdem er das Geschäft mit B in Y persönlich vollständig abschloß, schon bei diesem Abschlusse den Zahlungsort Y hätte bedingen sollen und gar nicht berechtigt war, diese Bestimmung aufzunehmen, „also eine Abänderung in dem schon perfekt gewordenen Vertrage einseitig durch Bedingung eines besonderen Zahlungsortes in der Factura vorzunehmen"; vgl. hiezu oben S. 90 Anm. 10 zu a); 1. Instanz, Adler-Clemens III Nr. 267 („der exceptio fori wird stattgegeben, weil der § 43 J. N. nur von einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung spreche, die einseitige Beisetzung des Absatzes „Zahlbar in X." auf der — Factura das forum contractus nicht begründen kann und weil die Berufung auf den Art. 325 H. G. nicht stichhältig sei, indem dieser ausdrücklich ausspricht, daß hiedurch dem Gerichtsstande nicht derogirt werde — —"); B. G. Adler-Clemens IV Nr. 535 (die Bestimmung „zahlbar franco X." der Factura begründe, weil sie dem Art. 325 H. G. entspreche, das forum contractus nicht); H. G. Wien Slg. II. Nr. 579; B. G. Bielitz Slg. XXV Nr. 11718.

Digitized by Google

nung[12]) etwa in folgenden Satz zusammenzufassen: Der Käufer unterwirft sich dadurch, daß er die den Zahlungsort normirende Facturaclausel nicht beanstandet, diesem Facturavermerke und damit ist denn die Zuständigkeit des Gerichts des facturirten Zahlungsortes als forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. begründet. Zu dieser Argumentation Stellung zu nehmen, ist daher die Hauptaufgabe der folgenden Ausführung.[13]) Vorher sei nur noch bemerkt, daß die Frage, ob das für die Factura des Verkäufers geltende Princip auch beim Lohnvertrage für die Factura des Bestellten (Unternehmers) gelte, vom Obersten Gerichtshofe verschieden beantwortet wird, daß sich also in diesem Punkte eine constante Praxis bisher nicht gebildet hat.[14])

[12]) Vgl. die oben Anm. 10 zu c angeführten Erkenntnisse sowie einige der ebenda zu c erwähnten Entscheidungen. — In einzelnen der hieher gehörigen Erkenntnisse wird der Nichtbeanstandung der Factura im Zusammenhange mit sonstigen concludenten Handlungen Gewicht beigelegt. Vgl. die oben Anm. 10 zu f angeführten Entscheidungen und hiezu unten S. 104 Anm. 25. In anderen Erkenntnissen wird der Nichtbeanstandung der Factura nur für bestimmte Fälle, nemlich wenn die Bestellung des Käufers vom Verkäufer vorher nicht acceptirt worden war, Bedeutung beigelegt. Vgl. die oben Anm. 10 zu g erwähnten Erkenntnisse und dazu unten S. 104 fg.

[13]) Einzelne der oben Anm. 10 angeführten Formulirungen seien gleich hier kurz besprochen: Es geht, wie sich aus dem oben S. 29 fg. und Anm. 5 ebenda bemerkten ergibt, nicht an, daraus, daß der Käufer die Waare annimmt oder behält — vgl. oben Anm. 10 zu a und b — zu deduciren, er sei mit dem Inhalte der gleichzeitig oder gar der später einlangenden Factura einverstanden. Ebenso kann daraus allein, daß die Factura einen den Zahlungsort angebenden Vermerk enthielt oder der Verkäufer eine solche Factura angenommen hat — vgl. oben Anm. 10 zu c und d — unzweifelhaft nicht gefolgert werden, er sei mit einem später und zwar rechtzeitig beanstandeten Facturavermerk einverstanden gewesen. Man müßte ja sonst auch argumentiren dürfen, der Empfänger eines Briefes sei mit dessen Inhalte einverstanden, selbst wenn er denselben sofort mit nein beantwortet hat.

[14]) Die Factura des Bestellten (Unternehmers) wird der des Verkäufers gleichgestellt vom B. G. Komotau und vom O. G. H. Adler-Clemens V Nr. 881 (Slg. XVIII Nr. 8007; vgl. hiezu oben S. 90 Anm. 10 zu c); vom H. G. Wien Adler-Clemens III Nr. 411 (Slg. X Nr. 4797); vom B. G. Biala und vom O. L. G. Krakau Slg. XVII Nr. 7601. Das forum contractus wird dagegen nicht als begründet erkannt: vom O. L. G. Prag Adler-Clemens V. Nr. 881 (Slg. XVIII Nr. 8007; hier heißt es:

Digitized by Google

Das Forum des §. 43 J. N. ist nur dann begründet, wenn der Ort, „wo eine Zahlung geleistet — werden soll“ in einem Vertrage ausdrücklich[15]) bestimmt worden

„Dem in den beigebrachten Rechnungen enthaltenen Beisatze „zahlbar bei mir in Komotau“ kann nicht die gleiche Wirkung beigemessen werden, welche dieser Clausel in einer Factura über zum Kaufe oder commissionellen Verkaufe eingesandte Waaren zukäme“); vom O. L. G. und vom O. G. H. Adler-Clemens III Nr. 411 (Slg. X Nr. 4797; vgl. hiezu unten S. 108 fg.); vom O. G. H. Slg. XVII Nr. 7601 sowie vom O. G. H. Adler-Clemens VI Nr. 1065 (Slg. XXI Nr. 9294; in den beiden letzten Erkenntnissen wird ebenfalls ausdrücklich betont, daß das für die Factura des Verkäufers geltende Princip für die Factura des Bestellten — Unternehmers — nicht gelte); vom O. L. G. Gellers Centralblatt VII Nr. 148 S. 261 (der O. G. H. ebenda legt besonderes Gewicht auf den auch vom O. L. G. betonten Umstand, daß die Rechnung erst nach gelieferter Arbeit übersendet wurde und macht noch geltend, daß der beklagte Besteller erklärt hatte, er sei mit der Rechnung nicht einverstanden). — Die Ausdrücke „Bestellter“ und „Besteller“ entsprechen der Terminologie der §§. 1154 fg. a. b. G. B.

[15]) Da die Factura ausdrückliche rechtsgeschäftliche Erklärungen des Verkäufers enthält, §. 43. J. N. aber nicht verlangt, daß der Vertrag durch ausdrückliche Erklärungen beider Contrahenten oder aber gerade durch eine ausdrückliche Erklärung desjenigen Contrahenten, der durch die Vertragsbestimmung eine Verpflichtung auf sich nimmt, zu Stande gekommen sei, so wäre dem Erforderniß der Ausdrücklichkeit im §. 43 J. N. allerdings auch dann genügt, wenn der Käufer sein Einverständniß mit der den Zahlungsort normirenden Facturaclausel stillschweigend erklärt hätte. Vgl. hiezu D. Ullmann, österr. Civilproceßrecht §. 27, v. Canstein, Lehrbuch des österr. C. Pr. R. I. S. 400 fg. B. G. Hainspach Slg. VIII. Nr. 3978, O. G. H. Slg. VI Nr. 2764, O. L. G. und O. G. H. Slg. VII. Nr. 3585 (Adler-Clemens III Nr. 267).

Der §. 45 der J. N. vom 18. Juni 1850 R. G. Bl. lautete: „Wer eine Verbindlichkeit zufolge des Gesetzes, eines Vertrages oder einer letztwilligen Verfügung an einem von seinem ordentlichen Wohnsitze verschiedenen Orte zu erfüllen hat, kann, wenn dieß durch eine in der Klage beigebrachte Urkunde nachgewiesen ist, hierwegen bei jenem Gericht belangt werden, dem er unterstehen würde, wenn er an diesem Orte seinen ordentlichen Wohnsitz hätte.“ Der §. 43 der gegenwärtig geltenden Jurisdictionsnorm knüpft das forum solutionis insoferne an strengere Voraussetzungen als er nur ein forum contractus kennt; dagegen braucht nach §. 43 cit. die betreffende Vertragsbestimmung nicht durch eine Urkunde nachgewiesen zu werden; es würde vielmehr auch der Nachweis eines nicht beurkundeten mündlichen Uebereinkommens genügen. Vgl. auch

Digitized by Google

ist.[16]) Damit das Gericht des in der Factura angegebenen Zahlungsortes als forum contractus zuständig sei, müßte daher das Verhalten des Käufers nach Empfang der Factura ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme gewähren, der Käufer habe mindestens stillschweigend erklärt, den Facturavermerk als Bestandtheil des Kaufvertrages ansehen zu wollen.[17]) In der

---

Klein, Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich, S. 71.

[16]) Daß das Gericht des lediglich zufolge der gesetzlichen Dispositivvorschrift des Art. 325 Abs. 1. H. G. geltenden Zahlungsortes nicht forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. ist, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des citirten §. und auf Art. 325 Abs. 2 als außer Zweifel stehend zu betrachten. Dieser Ansicht sind u. A. v. Canstein, Lehrbuch I. S. 400 fg., Compendium S. 58 Anm. 47, Ullmann, Civilproceß S. 77, ferner O. G. H. Adler-Clemens II Nr. 176, Nr. 211, 1. Instanz ebenda III Nr. 495, O. L. G. ebenda III Nr. 520, O. G. H. Slg. XII Nr. 5227 — Spr. R. Nr. 66 —, Nr. 5237; vgl. auch unten Anm. 17.

Auch das Gericht des Ortes, an welchem usancemäßig zu zahlen ist, ist nicht forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. So mit Recht O. L. G. und O. G. H. Gellers Centralblatt VI S. 430 Nr. 289; unrichtig daher O. G. H. ebenda VII Nr. 16 S. 46 (wo es heißt, es könne nicht unbeachtet bleiben, daß es beim Tuchgeschäft usuell ist, die Zahlung loco Fabrik oder Niederlassung des Verkäufers zu leisten).

[17]) Vgl. hiezu oben S. 89 fg. Anm. 9.

Beiläufig sei noch Folgendes bemerkt: Der O. G. H. hat am 20. Jänner 1874 folgenden in das Spr. Rep. zu Nr. 66 eingetragenen Rechtssatz formulirt — vgl. Slg. XII Nr. 5227 und Manzsche Sammlung der Entscheidungen des O. G. H. in C. S. I S. 236 fg. —: „Das Versprechen des Käufers, den Kaufpreis dem Verkäufer zuzusenden, bedingt für sich allein nicht den Gerichtsstand des Vertrags im Sinne des §. 43 J. N.“ Da jede Competenzbestimmung formaler Natur und darum stricte zu interpretiren ist, so ist eine Erklärung, in welcher der Ort, an den Käufer den Kaufpreis zu senden sich verpflichtet, nicht genannt ist, m. E. allerdings nicht geeignet, das forum contractus nach §. 43 J. N. zu begründen. Ich glaube daher, daß der O. G. H. sein Judicat a. a. O. mit Unrecht lediglich damit begründet, der Käufer verspreche in der Erklärung, den Kaufpreis dem Verkäufer zu senden, nur etwas, wozu er ex lege verpflichtet sei, weil ja daraus, daß eine Verpflichtung einer gesetzlichen Dispositivnorm entspringt, durchaus nicht folgt, daß sie nicht ausdrücklich in einem Vertrage übernommen werden könnte. — In einem anderen Falle Slg. XIX Nr. 8589 hatte der O. G. H. ausgesprochen, das Uebereinkommen, die Zahlung solle nach Prag eingesendet werden,

Digitized by Google

bloßen Nichtbeanstandung der betreffenden Facturaclausel kann nun nach meinem Dafürhalten eine derartige stillschweigende Willenserklärung nicht gefunden werden.[18]) Ich berufe mich

begründe das forum contractus nicht. Der O. G. H. motivirt dieß damit, daß die „Uebergabe des Geldes an das Postamt oder an eine andere Person behufs der Weiterbeförderung nicht in Prag, sondern in Dresden zu vollziehen war". Ich kann dieser Entscheidung nicht beipflichten, bin vielmehr der Meinung, daß in dem vorliegenden Falle, insoferne sich der Käufer bereits gelegentlich der Vertragsverhandlungen ausdrücklich verpflichtet hätte, den Kaufpreis nach Prag einzusenden, das forum contractus in Prag begründet gewesen wäre. Anders läge die Sache freilich dann, wenn sich der Käufer erst nach Erhalt der Waare, z. B. also nach Empfang eines Mahnbriefes, verpflichtet hätte, dem Verkäufer den Kaufpreis an dessen Wohnsitz bzw. an den Ort seiner Handelsniederlassung einzusenden. Eine solche Erklärung wäre m. E. lediglich dahin zu interpretiren, daß der Käufer sich in derselben zu einer Leistung bereit erklärt hat, zu welcher er sich ex lege verpflichtet weiß. Ich berufe mich für diese Auffassung auf folgende Erkenntnisse: O. L. G. und O. G. H. Adler-Clemens II Nr. 189, O. G. H., in dem die Entscheidungen der beiden unteren Instanzen bestätigenden Erkenntniß ebenda III Nr. 398, O. L. G. ebenda III Nr. 403, H. G. ebenda III Nr. 422, O. L. G. und O. G. H. Slg. XXII Nr. 10338; vgl. auch die zwar nicht einen Kaufvertrag, wohl aber einen in der uns hier interessirenden Beziehung ganz ähnlichen Thatbestand betreffenden Erkenntnisse des O. L. G. und des O. G. H. Slg. XXI Nr. 9421. [Ich hebe besonders hervor, daß in den Fällen, auf die sich die eben angeführten Erkenntnisse beziehen, nach den in den citirten Spruchsammlungen enthaltenen Mittheilungen nicht etwa bloß Einsendung des Kaufpreises an den Verkäufer, sondern Einsendung des Kaufpreises an den mit Namen bezeichneten Wohnort des Verkäufers versprochen war.] Anderer Ansicht sind dagegen 1. Instanz Adler-Clemens II Nr. 189, 1. Instanz und O. G. H. ebenda III Nr. 403, O. L. G. und O. G. H. ebenda III Nr. 422; vgl. auch 1. Instanz Slg. XXI Nr. 9421. Hält man mit mir die in der ersteren Gruppe von Erkenntnissen acceptirte Auffassung für die richtige, so läßt sich wohl nicht verkennen, daß es mißlich ist, einerseits zu sagen, daß die nach Empfang bestellter Waare abgegebene ausdrückliche Erklärung des Käufers den Kaufpreis an den Ort, an welchem der Verkäufer seine Handelsniederlassung bzw. seinen Wohnsitz hat, senden zu wollen, zur Begründung des forum contractus nicht ausreiche, andererseits aber zu argumentiren, der Käufer, welcher z. B. den Facturavermerk „zahlbar in Wien" des Wiener Verkäufers nicht beanstandet hat, dürfe deshalb allein in Wien als forum contractus belangt werden.

[18]) Daß die Nichtbeanstandung des den Zahlungsort angebenden

Digitized by Google

hiefür auf das oben S. 37 fg. über das Schweigen als concludentes Handeln, ferner auf das oben S. 45 fg. über die Gesichtspunkte, aus welchen sich eine Rügepflicht des Käufers bezüglich gewisser Bestandtheile des Factureninhalts allein rechtfertigen läßt, Bemerkte, sowie auf das Eingangs dieses §. Ausgeführte. Mit Rücksicht auf die Tragweite der uns hier beschäftigenden Frage mögen hier noch folgende specielle Bemerkungen Platz finden.[19])

Facturavermerks als stillschweigend erklärtes Einverständniß des Käufers auszulegen ist, wird direct ausgesprochen z. B. in folgenden Erkenntnissen: O. L. G. Wien Slg. II Nr. 579, O. G. H. Slg. III Nr. 1260, VI Nr. 2840, Nr. 3088, VIII Nr. 3978, O. L. G. und O. G. H. Slg. XVII Nr. 7651 (Adler-Clemens V Nr. 861), O. L. G. Slg. XIX Nr. 8290, O. L. G. und O. G. H. Slg. XXI Nr. 9595 (Adler-Clemens VI Nr. 1107), O. G. H. Slg. XXII Nr. 9880, XXIV Nr. 11127, H. G. und O. L. G. Adler-Clemens III Nr. 320, O. G. H. ebenda IV Nr. 535, H. G. und O. L. G. ebenda V Nr. 861, H. G. Wien in dem vom O. G. H. bestätigten Erk. Buschs Archiv I S. 241. Eine ähnliche Auffassung liegt auch folgenden Erkenntnissen zu Grunde: O. L. G. Slg. III Nr. 1302, H. G. Wien, O. L. G. und O. G. H. Slg. IV Nr. 1563, O. G. H. Slg. V Nr. 2255, VII Nr. 3585, IX Nr. 4147, O. L. G. Slg. X Nr. 4709, O. G. H. Slg. XVIII Nr. 8007 (Adler-Clemens V Nr. 881; vgl. oben S. 94 fg. Anm. 14), XIX Nr. 8290, O. L. G. Slg. XIX Nr. 8360, XXII Nr. 9910, XXIV Nr. 10890, O. G. H. Adler-Clemens II Nr. 238, O. G. H. ebenda III Nr. 320, H. G. ebenda V Nr. 825, 1. Instanz ebenda VI Nr. 1074.

[19]) Gegen die in unsererer Praxis herrschende Auffassung sind auch die Ausführungen von Ehrlich in dem bereits wiederholt citirten Aufsatze in den Wiener Juristischen Blättern 1887 (siehe namentlich S. 367 fg.) und Gerichtshalle 1890 S. 20, sowie von Geller in seinem Centralblatt V S. 303 zu vergleichen.

Beiläufig sei noch Folgendes bemerkt: Acceptirt man den in unserer Praxis herrschenden Grundsatz, daß der den Zahlungsort nennende Facturavermerk vom Käufer beanstandet werden müsse, damit das forum contractus nicht begründet werde, so ist es m. E. nur consequent, wenn es für unzureichend erklärt wird, daß der Käufer irgend einen anderen Facturavermerk z. B. den Preisansatz beanstandet, mag er deshalb auch die Waare „zur Disposition stellen". (Vgl. über diesen in einem solchen Falle in einem unzutreffenden Sinne gebrauchten Ausdruck Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 253 fg.) Darum ist m. E. im Sinne der herrschenden Auffassung unserer Praxis u. A. dem oben S. 92 Anm. 10 (zu c) erwähnten Erk. des O. G. H. Gellers Centralblatt VI Nr. 148 S. 431 zuzustimmen. — Ebenso ist es von dem erwähnten Standpunkte aus m. E. ganz richtig, wenn in mehreren anderen der oben Anm. 10 (zu c) mitg. Entscheidungen erkannt wurde, daß die specielle Beanstandung des den Zahlungsort nennenden

Digitized by Google

1. Wir haben oben gehört, daß aus dem Schweigen des einen Contrahenten auf eine rechtsgeschäftliche Erklärung des

---

Facturavermerks auch dann erforderlich ist, wenn die Waare zurückgesendet bzw. nicht angenommen, wurde weil mehr Waare übersendet wurde, als bestellt war, oder weil die übersendete Waare mangelhaft war. Und zwar hätte dieß m. E. auch dann zu gelten, wenn der Käufer die Factura mit oder ohne die Waare zurückgesendet hätte. (So mit Recht O. G. H. Slg. XXII Nr. 9880; anders O. L. G. ebenda und O. G. H. Slg. XXIV Nr. 11127 und Geller in seinem Centralblatt II S. 686.) Denn stellt man einmal das Princip auf, daß der unbeanstandete Factureninhalt als Bestandtheil des lex contractus anerkannt sei, so kann die bloße Rücksendung der Factura aus irgend einem anderen speciellen Grunde — z. B. also weil mehr gesendet wurde als bestellt war — doch nicht als ein Widerspruch gegen den gesammten übrigen Factureninhalt gelten. Nur wenn der Käufer rechtzeitig (vgl. oben S. 55) erklärt hat, die Waare sei gar nicht bestellt gewesen, wäre — mag er nun die Waare allein, oder die Factura allein, oder Waare und Factura zugleich zurückgesendet oder nicht zurückgesendet haben — allerdings damit implicite dem gesammten Factureninhalte widersprochen und das forum contractus daher auch vom Standpunkte der in unserer Praxis herrschenden Auffassung m. E. nicht begründet. (Anders jedoch z. B. O. G. H. Adler-Clemens IV Nr. 535; vgl. oben S. 91 Anm. 10 zu c).

Ueber die Einwendung des unbefugten Gerichtsstandes ist im Sinne des Hofdecretes vom 11. Sept. 1794 Nr. 193 J. G. S. so zu entscheiden, „daß der Ausspruch in der Hauptsache einstweilen auf sich beruhe". Die Durchführung dieses Grundsatzes ist häufig dann sehr schwierig, wenn ein Gericht als angebliches forum contractus angerufen wurde, der Beklagte aber die exceptio fori erhoben hat. (Vgl. hiezu den Aufsatz von Ehrlich, Gerichtshalle Jahrgang 1890 Nr. 2 und 3 „Zur Lehre vom Gerichtsstande des Vertrages", ferner den Beschluß des O. G. H. vom 5. Dec. 1851 J. B. Nr. 2, Manzsche Sammlung der Entscheidungen des O. G. H. in C. S. I S. 1 flg. und v. Canstein, Compendium S. 59 Anm. 51.) Ueber die Judicatur unseres Obersten Gerichtshofes in dem uns hier interessirenden Falle der Anrufung des Gerichts des facturirten Zahlungsortes als forum contractus sei Folgendes bemerkt: In der Entscheidung Slg. III Nr. 1302 wurde der dem Käufer vorbehaltene irreferible Haupteid darüber, daß er die Waare nicht mit einer Factura erhalten, worin die Zahlung in Wien bedungen war, unter Anderem deshalb für unzulässig erklärt und der exceptio fori stattgegeben, weil durch diesen Haupteid zugleich die Hauptsache des Rechtsstreites entschieden werden würde. Denselben Standpunkt vertritt u. A. auch das Erk. des O. G. H. Slg. XVII Nr. 7638. Dagegen hat der O. G. H. in der weitaus überwiegenden Zahl einschlägiger Competenzstreite Haupteide darüber, daß die zugesendete Factura den den Zahlungsort

Digitized by Google

anderen Contrahenten jedenfalls nur dann gefolgert werden darf, er sei mit derselben einverstanden, wenn er ex bona fide verpflichtet gewesen wäre, sich, falls ihm diese Erklärung nicht genehm war, in diesem Sinne zu äußern. In unserem Falle dürfte daher aus dem Schweigen des Käufers nur dann geschlossen werden, er habe den Facturavermerk als Bestandtheil des Kaufvertrages anerkannt, wenn er ex bona fide verpflichtet gewesen wäre, sich, insoferne er abweichender Meinung war, in diesem Sinne auszusprechen. Prüfen wir nun von diesem Standpunkte aus die verschiedenen hier in Betracht kommenden Möglichkeiten, so gelangen wir zu folgenden Ergebnissen:

a) Der den Zahlungsort angebende Vermerk in der Factura entspricht regelmäßig der Dispositivvorschrift des ersten Absatzes des Art. 325 H. G. Nehmen wir also z. B. an, die Factura des Wiener Verkäufers enthalte den gewöhnlichen Vermerk „zahlbar in Wien".[20]) Dem Käufer, welcher, sagen wir in Brünn wohnt, fällt es nun, wie wir weiter annehmen

nennenden Vermerk enthalten habe, oder daß Käufer eine derartige Factura erhalten habe, oder den betreffenden Vermerk nicht beanstandet habe bzw. über ähnliche Beweisthemen unbedenklich zugelassen. Vgl. z. B. O. G. H. Adler-Clemens II Nr. 238, VI. Nr. 1107 (Slg. XXI Nr. 9599), Slg. IV Nr. 1563, V Nr. 2255, VI Nr. 2840, Nr. 3088, XV Nr. 6410, XVII Nr. 7651 (Adler-Clemens V Nr. 861); vgl. ferner das vom O. L. G. und vom O. G. H. bestätigte Erk. des H. G. Wien Slg. XII Nr. 5533, O. L. G. Wien (vom O. G. H. bestätigt) Slg. XIX Nr. 8360 und O. L. G. (bestätigt vom O. G. H.) Adler-Clemens III Nr. 267 und O. L. G. (bestätigt vom O. G. H.), Gellers Centralblatt VI Nr. 290 S. 431. Ich stimme der letzteren Auffassung bei, weil es ja sonst in dem ordentlichen Verfahren, welches ja den Competenzstreit als Incidentproceß construirt, überhaupt unmöglich wäre, den widerstrebenden Beklagten vor das forum contractus zu ziehen. Vgl. hiezu sowie überhaupt zur Charakteristik des Incidentprocesses über die Zuständigkeit eines als forum contractus angerufenen Gerichts die Ausführungen von Ehrlich a. a. O., sowie aus der neuesten Spruchpraxis die in Gellers Centralblatt VI Nr. 65 S. 104 fg. und VII Nr. 362 S. 576 fg. mitgetheilten Entscheidungen. Vgl. auch Heyßler, Proceßvoraussetzungen, Grünhuts Z. Schr. I. S. 132.

[20]) Der Ort, an welchen hin die Zahlung dem Gläubiger im Sinne des Art. 325, Abs. 1 „zu übermachen" ist, ist trotz des zweiten Absatzes dieses Artikels als der wirkliche Erfüllungsort anzusehen. So mit Recht in trefflicher Begründung v. Hahn II S. 221 zu Art. 325.

Digitized by Google

wollen, gar nicht ein, zu bestreiten, daß er in der That in Wien zu zahlen verpflichtet sei: er weiß vielmehr, daß er, da ein anderer Zahlungsort nicht vereinbart ist, in Wien zahlen muß.[21]) Der Brünner Käufer ist also gar nicht in der Lage,

[21]) M. E. wäre übrigens dem Brünner Käufer der Beweis eines Uebereinkommens, durch welches ein anderer Zahlungsort statt des gesetzlichen vereinbart wurde, darum allein, weil er den Facturavermerk „zahlbar in Wien" nicht bzw. nicht rechtzeitig beanstandet hat, nicht abgeschnitten. (Vgl. hiezu das oben S. 86 fg. bemerkte.) Man nehme nun z. B. an, es gelänge dem Brünner Käufer, der, in Wien belangt, die exceptio fori erhoben hat, darzuthun, es sei beim Kaufabschlusse ausdrücklich vereinbart worden, der Kaufpreis sei in Prag zu zahlen. So gewiß der Käufer in Folge dieses Uebereinkommens nicht ein Recht erworben hätte, in Prag auf Zahlung des Kaufpreises belangt zu werden (er dürfte vielmehr deßungeachtet bei dem forum domicilii, also in Brünn belangt werden), so gewiß wäre dann der in Wien erhobenen exceptio fori stattzugeben, weil ja damit zugleich festgestellt wäre, daß jedenfalls Wien nicht der ausdrücklich bestimmte Zahlungsort war.

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 24. Juni 1885 Spruchrepertorium Nr. 124 (Manzsche Ausgabe der Entscheidungen des O. G. H. in Civilsachen II S. 106 fg.) folgenden (m. E. mit Rücksicht auf den Wortlaut des §. 43 J. N. vollkommen richtigen) Satz formulirt: „Die Klage auf Zahlung des Entgelts für eine vertragsmäßige Leistung kann bei dem Gerichtsstande des Vertrages angebracht werden, der durch die Verabredung über den Ort dieser Leistung begründet wurde." Fehlt es also an einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung bezüglich des Ortes, an dem der Kaufpreis zu zahlen ist, so kann der Käufer auf Zahlung des Kaufpreises bei dem Gerichte des Ortes belangt werden, der in dem Kaufvertrage als Ort der Lieferung der Waare ausdrücklich bestimmt ist. In dem im Texte erzählten Falle könnte also, wenn etwa die Waare in Wien zufolge ausdrücklicher Vertragsbestimmung geliefert wurde (bzw. im Falle der mora accipiendi des Käufers wenigstens in Wien hätte geliefert werden sollen) der Brünner Käufer ganz ohne Rücksicht auf den Facturavermerk „zahlbar in Wien" bzw. auf dessen geschehene oder unterbliebene Beanstandung auf Zahlung des Kaufpreises in Wien belangt werden. (Der eben erwähnte, in der Entsch. des O. G. H. vom 25. Juni 1885 formulirte Satz wird — wie bereits hervorgehoben wurde — durch den Wortlaut des §. 43 J. N. gerechtfertigt. Anderer Ansicht war aber z. B. O. G. H. Adler-Clemens V Nr. 799, übereinstimmend dagegen die später erflossene Entscheidung des O. G. H. Gellers Centralblatt VI Nr. 368 S. 549 fg. — Unrichtig wäre es aber selbstverständlich, weiter zu gehen und zu sagen, der für die Lieferung der Waare bestimmte Erfüllungsort sei im Zweifel auch als der für die Zahlung des Kaufpreises normirte Erfüllungs-

Digitized by Google

die Richtigkeit des Facturavermerkes d. h. die ihn ex lege treffende Verpflichtung in Wien zu zahlen, zu bestreiten. Bei dieser Lage der Dinge kann man aber unmöglich behaupten, der Brünner Käufer verletze die bona fides, wenn er, obwohl er den Facturavermerk „zahlbar in Wien" nicht bestritten hat, gegenüber der in Wien angestellten Klage die exceptio fori erhebt und darum darf aus der Nichtbeanstandung des Vermerks „zahlbar in Wien" auch nicht gefolgert werden, der Käufer habe anerkannt, dieser Vermerk entspreche einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung.[22]) Der exceptio fori des Brünner Käufers wäre also m. E. stattzugeben.

---

ort anzusehen. Die letztere materiellrechtliche Frage ist vielmehr lediglich nach Art. 325 H. G. und ganz ohne Rücksicht auf den für die Lieferung der Waare bestimmten Erfüllungsort zu entscheiden. Vgl. hiezu R. G. XIII Nr. 113 S. 412 fg.)

[22]) Vgl. hiezu auch oben S. 96 fg. Anm. 17. — Stellen wir uns auf den Standpunkt der herrschenden Praxis, verlangen wir also von dem Brünner Käufer in dem erzählten Falle behufs Wahrung der exceptio fori die baldmöglichste (rechtzeitige) Abgabe einer den Facturavermerk „zahlbar in Wien" beanstandenden Erklärung, so gelangen wir zu folgendem Ergebniß: Der Brünner Käufer darf loyaler Weise nicht bestreiten, er sei ex lege schuldig, in Wien zu zahlen. Er müßte also eine etwa folgendermaßen stylisirte Erklärung baldmöglichst nach Empfang der Waare und Factura dem Verkäufer übermitteln: „Ich bin zwar ex lege verpflichtet, in Wien zu zahlen, ich verwahre mich aber dagegen, daß der Vermerk „zahlbar in Wien" in Ihrer Factura steht, weil Wien in unserer bisherigen Correspondenz nicht ausdrücklich als Zahlungsort genannt wurde und ich mich eventuell nicht in Wien auf Zahlung des Kaufpreises belangen lassen will." Ich glaube keinem Widerspruch zu begegnen, wenn ich sage, daß so mancher sorgsame, vorsichtige und geschäftskundige Kaufmann schwerlich auf den Gedanken verfallen wird, man könne ihm behufs Wahrung einer eventuellen exceptio fori die Abgabe einer derartigen Erklärung zumuthen.

In der Slg. XVII Nr. 7651 (Adler-Clemens V Nr. 861) mitg. Entscheidung des O. G. H. heißt es: „Es ist zugestanden, daß von dem Handlungsreisenden der klagenden (Prager) Firma mit dem Beklagten über den Ort der Zahlung des Kaufschillings keine Vereinbarung getroffen wurde. Die Firma versuchte diese Vereinbarung dadurch herbeizuführen, daß sie dem Beklagten mit der Waare eine Factura zusandte, welche die Bestimmung „zahlbar in Prag" enthielt." Hiegegen sei auf das bereits wiederholt geltend gemachte Argument verwiesen, daß es doch nicht Aufgabe der Factura ist, neue Vertragselemente erst zu schaffen.

Digitized by Google

b) Seltener ist der Fall, daß in der Factura ein von dem Orte, an welchem der Verkäufer „zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hatte“ verschiedener Zahlungsort genannt ist. Man nehme also z. B. an, ein Prager Verkäufer habe dem Brünner Käufer eine mit dem Vermerk „zahlbar in Wien“ versehene Factura übersendet. Oben S. 87 fg. wurde nun bereits erwähnt, daß es Sache des Verkäufers ist, wenn er sich die ihm aus einer derartigen Bestimmung des Zahlungsortes eventuell erwachsenden Vortheile zu sichern wünscht, eine vorherige Vereinbarung dieses Inhalts herbeizuführen und für die Möglichkeit dieselbe zu beweisen, zu sorgen. Die Factura hat nicht die Aufgabe, ihm zu einer Verbesserung seiner Situation zu verhelfen, indem sie ihm ein sonst fehlendes Beweismittel verschafft bzw. erst eine den Zahlungsort betreffende Vertragsbestimmung herbeiführt. M. E. ist daher in unserem Falle der Brünner Käufer keineswegs ex bona fide verpflichtet, den Facturavermerk „zahlbar in Wien“ baldmöglichst nach Empfang der Factura zu rügen, um später in Wien belangt, die exceptio fori erheben zu dürfen. Und darum meine ich, daß aus dem Schweigen des Brünner Käufers nicht gefolgert werden dürfte, er sei mit dem Facturaververmerke „zahlbar in Wien“ einverstanden, daß es vielmehr Sache des Verkäufers wäre, gegenüber der exceptio fori des in Wien belangten Käufers auf anderem Wege als durch den Hinweis auf den unbeanstandet gebliebenen Facturavermerk „zahlbar in Wien“ darzuthun, daß Wien der durch eine ausdrückliche Vertragsbestimmung normirte Zahlungsort war.[23])

c) Da der Käufer die gelieferte Waare wegen eines ihn ungerechtfertigter Weise belastenden, den Zahlungsort normirenden Facturavermerks nicht zurückweisen dürfte[24]), so liegt auch in Acten der Disposition über die Waare nicht ein den betreffenden Facturavermerk genehmigendes Verhalten desselben. Hieraus folgt denn aber auch, daß der Nichtbeanstandung des

[23]) Vgl. zu dem zu a und b bemerkten die oben S. 93 Anm. 11 zusammengestellten Erkenntnisse von Gerichten erster Instanz.

[24]) Vgl. hiezu oben S. 94 Anm. 13, ferner oben S. 29 fg.

Digitized by Google

Facturavermerks nicht etwa wegen eines derartigen Dispositionsactes die Bedeutung einer diesen Facturavermerk genehmigenden Unterlassung zukommt.[25])

d) Die vorstehenden Ausführungen finden volle Anwendung auch dann, wenn der Verkäufer auf die Waarenbestellung des Käufers hin zunächst gar nicht brieflich oder mündlich geantwortet, sondern das Offert (die Bestellung) erst unter Zusendung der Waare und Factura angenommen hat.[25a]) Wurde in der Bestellung nicht ausdrücklich erwähnt, der Kaufpreis werde an irgend einem bestimmten (besonders bezeichneten) Orte bezahlt werden[26]), so fehlt es dann eben an einer ausdrücklichen Bestimmung des Zahlungsortes und ein forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. ist somit überhaupt nicht begründet. Zahlungsort ist dann ein sei es stillschweigend vereinbarter, sei es durch die gesetzliche Dispositivvorschrift des Art. 325 Abs. 1 H. G. normirter Ort. Ein einen Zahlungsort nennender, vom Käufer nicht beanstandeter Vermerk in der

[25]) M. a. W., auch wenn der Käufer über die Waare wie immer disponirt hat, ist die entscheidende Frage doch nur immer die, ob in der Nichtbeanstandung des Facturavermerks ein dem Käufer präjudicirendes Verhalten zu erblicken ist. — Auf einem anderen Standpunkte stehen verschiedene der oben Anm. 10 citirten Erkenntnisse, so z. B. das vom O. G. H. bestätigte Erk. des H. G. Prag Slg. XVI Nr. 7064 (vgl. aber hiezu oben S. 45 Anm. 7), in welchem darauf Gewicht gelegt wird, daß der Käufer die Waare einige Zeit nach Empfang der Factura von der Bahnstation bezogen hat.

[25a]) Ich hebe dies mit Rücksicht auf die abweichende Auffassung verschiedener Erkenntnisse des Obersten Gerichtshofes besonders hervor. Vgl. z. B. Slg. V Nr. 2255 und VIII Nr. 3978, ferner auch K. G. Brüx Adler-Clemens VI Nr. 1107 (Slg. XXI Nr. 9599) und H. G. Prag Slg. XVII Nr. 7651 (Adler-Clemens V Nr. 861). Vgl. hiezu und zum Folgenden oben S. 77 fg.

[26]) Theilt man die in der Entsch. des O. G. H. vom 24. Juni 1885 Spr. Rep. Nr. 124 — vgl. oben S. 101 Anm. 21 — vertretene und m. E. zutreffende Ansicht, das forum contractus für die actio venditi werde eventuell auch durch die bloße ausdrückliche Verabredung des Ortes der Lieferung der Waare begründet, so würde es für die Begründung des forum contractus eventuell auch genügen, wenn der Käufer in seiner Bestellung zwar nicht den Ort, an welchem der Kaufpreis bezahlt werden wird, sondern nur den Ort genannt hat, an welchem er Lieferung beansprucht.

Digitized by Google

Factura vermag weder dem in der erwähnten Weise normirten Zahlungsorte einen anderen Zahlungsort zu substituiren[26a]), noch zu bewirken, daß aus dem stillschweigend vereinbarten bzw. gesetzlich fixirten Zahlungsorte ein ausdrücklich bestimmter Zahlungsort werde.[27])

[26a]) Der Adressat einer Bestellung, welcher dieselbe unbeantwortet läßt, das Offert aber unter Zusendung der Waare annimmt und in der Factura einen Ort als Zahlungsort nennt, welchen er im Sinne der Bestellung bzw. der Vorschrift des Art. 325 Abs. 1 nicht als Zahlungsort bezeichnen durfte, hat nichtsdestoweniger die Bestellung ausgeführt und nicht etwa die Bestellung abgelehnt und ein neues Verkaufsoffert an den ursprünglichen Besteller gerichtet. Die Angabe des Zahlungsortes gehört unzweifelhaft nicht zu den essentialia negotii und der Besteller ist daher weder berechtigt noch verpflichtet, eine Factura, welche in der Angabe des Zahlungsortes von der Bestellung bzw. dem Gesetze abweicht, als ein unter Ablehnung der Bestellung an ihn gerichtetes Verkaufsoffert des Absenders anzusehen. Der Besteller wäre also einerseits nicht in der Lage, wegen eines derartigen Facturavermerks die Lieferung zurückzuweisen, seinem Interesse wird vollkommen dadurch entsprochen, daß der ihn mit Unrecht belastende Vermerk als ihn nicht verpflichtend angesehen wird. Andererseits darf man ihn aber auch rücksichtlich der Rügepflicht bezüglich des Factureninhalts nicht anders behandeln, als wenn der Zusendung der Waare eine Annahme der Bestellung vorausgegangen wäre. (Vgl. hiezu oben S. 84 fg.) Aus allem vorbemerkten ergibt sich mithin, daß der Besteller in unserem Falle an dem facturirten Orte überhaupt nicht zu zahlen braucht und daß man daher um so weniger behaupten darf, der facturirte Zahlungsort sei ein ausdrücklich bestimmter Zahlungsort im Sinne des §. 43 J. N.

Anders würde die Sache freilich dann liegen, wenn der Absender in der Factura bzw. in einem Begleitschreiben ausdrücklich erklärt hätte, daß er nicht die Bestellung ausführen, sondern ein neues Verkaufsoffert stellen wolle, oder wenn die Factura auch bezüglich eines der essentialia negotii — Waare und Preis — so erheblich von der Bestellung bzw. einer gesetzlichen Dispositivvorschrift abweichen würde, daß der Besteller ihr entnehmen mußte, der Absender wolle bloß offeriren und nicht die Bestellung ausführen. In einem Falle dieser Art würden allerdings auch in der uns hier interessirenden Beziehung die unten §. 10 für die mit unbestellter Waare übersendete Factura entwickelten Grundsätze Anwendung finden. (Vgl. hiezu oben S. 82 zu d.)

[27]) Ein anderes würde nur in einem Falle der im Schlußabsatze der vorigen Anmerkung erwähnten Art gelten.

Wird eine Bestellung unter Zusendung von Waare und einer Factura angenommen, die in allen Punkten und so auch bezüglich der Angabe des Zahlungsortes mit der Bestellung bzw. der Vorschrift des Art. 325 Abs. 1

Digitized by Google

2. Es kommt häufig vor, daß der Facturavermerk mit einem auf dem dem Käufer behufs Einleitung einer Geschäftsverbindung zugesandten Preiscourant (Prospect, Circulär u. dgl.) befindlichen Vermerke übereinstimmt. Die Frage ist nun die, ob bei dieser Sachlage das Gericht des facturirten Zahlungsortes als forum contractus competent ist. M. E. ist diese Frage zu verneinen, weil der in der Factura angegebene Zahlungsort dann zwar als stillschweigend, nicht aber als ausdrücklich vereinbarter Zahlungsort zu betrachten ist.[27a]) Aus dem gleichen Grunde würde es m. E. zur Begründung des forum contractus nicht genügen, wenn der facturirte Zahlungsort in der bisherigen Geschäftsverbindung zwischen den Parteien bzw. bei früheren Lieferungen als Zahlungsort gegolten hat.[28])

H. G. übereinstimmt, so kommt hiedurch auch von dem oben S. 78 fg. bekämpften Standpunkte aus ein Kaufvertrag zu Stande. Es ist daher ohne weiteres klar, daß eine solche Factura in der uns hier interessirenden Beziehung ebenso zu beurtheilen ist, wie eine Factura, die erst nach vorheriger Annahme der Bestellung abgesendet worden ist.

[27a]) Vgl. hiezu das oben S. 87 zu Anm. 4 bemerkte und S. 95 Anm. 15. — Man nehme z. B. an, in dem Preiscourant und in der Factura des Prager Verkäufers stehe „zahlbar in Wien". Es gilt dann insoferne nicht bei den zwischen ihm und dem Brünner Käufer geführten Verhandlungen ein anderer Zahlungsort verabredet wurde, Wien als Zahlungsort, allein der Prager Verkäufer dürfte, da Wien eben nicht ausdrücklich als Zahlungsort bestimmt wurde, nicht in Wien klagen. (Auf einem anderen Standpunkte stehen die Slg. II Nr. 579 mitg. Erk. des O. L. G. Wien und des O. G. H.)

[28]) Es fehlt eben an einer ausdrücklichen den Zahlungsort normirenden Vertragsbestimmung, während doch m. E. das Wort ausdrücklich im §. 43 J. N. stricte zu interpretiren ist. (Vgl. auch hiezu das oben S. 87 zu Anm. 4 bemerkte.) Anderer Ansicht sind aber das O. L. G. und der O. G. H. Slg. XXIV Nr. 10891. — Anders läge die Sache aber im Gebiete einer Gesetzgebung, die zur Begründung des forum contractus nicht ausdrückliche Vertragsbestimmung erfordert. Vgl. z. B. Art. 420 der früheren rheinischen C. P. O. (und hiezu unten S. 110 fg.), sowie H. G. Cöln, Buschs Archiv I S. 238 fg. (15 a). [Beiläufig sei übrigens bemerkt, daß ich dem erwähnten Cölner Erk., welches das forum solutionis des Art. 420 der rhein. C. P. O. als begründet ansieht, darum nicht beistimme, weil aus der bloßen Nichtbeanstandung der mehreren Facturen m. E. noch nicht folgt, daß der in denselben enthaltene Vermerk „zahlbar in Mühlheim a. Rh." als Bestandtheil der lex contractus anerkannt worden sei. Vgl. hiezu die

Digitized by Google

Ganz anders aber läge die Sache dann, wenn der facturirte Zahlungsort in einem vom Käufer gefertigten Bestellzettel als Zahlungsort genannt wäre.[28a])

3. Wurde die den Zahlungsort angebende Factura dem Käufer ausnahmsweise bereits bei dem inter praesentes erfolgenden Kaufabschlusse übergeben, so enthält die Factura eine ausdrückliche Bestimmung des Zahlungsortes, die durch die vorbehaltlose Annahme der Factura als seitens des Käufers genehmigt gilt. Das forum contractus wäre daher begründet.[29])

Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 535 fg. Anm. 1 mitg. beiden Erkenntnisse des A. H. Cöln; siehe unten S. 111 Anm. 37.]

[28a]) In dem Slg. XXII Nr. 9880 mitg. Erk. des O. G. H. wurde daher m. E. mit Recht das H. G. Prag als forum contractus anerkannt.

[29]) Der im Texte erwähnte Thatbestand lag in dem Slg. XXII Nr. 10191 mitg. Falle nach der Behauptung des Klägers vor. Die Erkenntnisse des B. G. und O. L. G. Lemberg, sowie des O. G. H. legen m. E. mit Unrecht auf die Constatirung der Richtigkeit dieser Behauptung des Klägers kein Gewicht. Wäre die Factura wirklich erst gelegentlich der Lieferung der Waare oder aber zwar vor der Lieferung, aber nach perfectem Kaufabschluß (von Hand zu Hand) übergeben worden, so wäre m. E. das forum contractus nicht begründet gewesen. Die Sache verhält sich nach meinem Dafürhalten folgendermaßen: Wird die Factura nach perfectem Kaufabschlusse, sei es vor, sei es gelegentlich der Lieferung der Waare inter praesentes übergeben, so darf der Verkäufer in die Factura keinen Vermerk aufnehmen, welcher von dem vereinbarten bzw. gesetzmäßigen Vertragsinhalte abweicht. Thut er dieß dennoch, so muß er den Käufer auf diese Abweichung aufmerksam machen und dessen Aeußerung provociren. Wenn dieß seitens des Verkäufers unterlassen wurde, dann verletzt der Käufer nicht die bona fides, wenn er später die verpflichtende Kraft eines Facturavermerks, den er in continenti nicht gerügt hat, bestreitet; es darf daher nicht behauptet werden, der Käufer genehmige durch die vorbehaltlose Annahme der Factura den Factureninhalt. Aus diesem Grunde wäre, wenn der Prager Verkäufer dem Brünner Käufer die mit dem Vermerk „zahlbar in Wien" versehene, auf einen früher fest abgeschlossenen Kaufvertrag sich beziehende Factura gelegentlich eines Besuches in Brünn persönlich übergeben hat, das betreffende Wiener Gericht nicht forum contractus.

Der Verkäufer darf aber auch nicht bezüglich eines einer gesetzlichen Dispositivvorschrift entsprechenden Vermerks in der Factura behaupten, der Käufer habe durch vorbehaltlose Annahme der Factura anerkannt, dieser Vermerk entspreche einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung. Insoferne gilt auch hier das oben S. 100 fg. zu a bezüglich der übersendeten Factura Ausgeführte,

Digitized by Google

4. Oben S. 94 wurde bereits erwähnt, daß sich bezüglich der Frage, ob die Nichtbeanstandung eines in der Factura des Bestellten (Unternehmers)[30]) enthaltenen, einen bestimmten Zahlungsort angebenden Vermerkes seitens des Bestellers, die Zuständigkeit des Gerichts des Zahlungsortes als forum contractus begründe, eine constante Praxis nicht gebildet hat. Der Oberste Gerichtshof hat nun, wie hier hervorzuheben gestattet sein mag, in zwei einschlägigen Erkenntnissen diese Frage auf Grund von im wesentlichen zutreffenden Argumenten, die m. E. auch für die Factura des Verkäufers volle Anwendung zu finden haben, verneint.[31]) Es sind dieß die beiden Slg. X Nr. 4797 und XVII Nr. 7601 mitgetheilten Entscheidungen. In dem ersteren Erkenntniß[32]) heißt es: „Da der in der Rechnung — vorkom-

wozu noch kommt, daß es ja bei persönlichem Verkehr zwischen Facturenaussteller und Facturenempfänger doch wohl dem Ersteren obliegt, den Empfänger der Factura eventuell auf den Facturavermerk aufmerksam zu machen. Zum mindesten darf man sagen, daß wenn der Verkäufer schwieg, auch der Käufer schweigen durfte und daß daher das Schweigen des Käufers diesem in keiner Beziehung präjudiciren kann. Uebergibt also der Wiener Verkäufer dem Brünner Käufer die auf einen perfecten Kaufvertrag sich beziehende, den Vermerk „zahlbar in Wien" tragende Factura gelegentlich eines Besuches in Brünn von Hand zu Hand, so wäre nach meinem Dafürhalten das betreffende Wiener Gericht nicht forum contractus. Das oben bemerkte gilt natürlich auch dann, wenn die Factura erst nach der Lieferung der Waare von Hand zu Hand übergeben wurde. Ist die Uebergabe der Factura nicht zwischen den Parteien bzw. zwischen zu einschlägigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen legitimirten Vertretern derselben erfolgt, so kann aus deren vorbehaltloser Uebernahme schon darum keinerlei Schluß gezogen werden.

[30]) Vgl. oben S. 95 Anm. 14 am Ende.

[31]) Die Factura des Verkäufers könnte nemlich offenbar nur dann anders beurtheilt werden, als die Factura des Bestellten (Unternehmers), wenn entweder eine für den Kaufvertrag geltende specielle gesetzliche Bestimmung oder das Wesen des Kaufvertrages zu dieser Unterscheidung nöthigen würde. Beides ist nun gewiß nicht der Fall. (Vgl. hiezu oben S. 33.) Auch beruft sich unsere Praxis bezüglich der Factura des Verkäufers gar nicht auf irgend welche specifisch kaufrechtlichen Gesichtspunkte, sondern, wie wir gesehen haben — vgl. S. 97 fg. Anm. 18 — überwiegend einfach auf §. 863 a. b. G. B.

[32]) Es wurde ein „Saldo von 34 fl. für die Expedition von Zeitungsinseraten eingeklagt".

Digitized by Google

mende Beisatz „zahlbar in Wien" der in dem Art. 325 H. G. aufgestellten Regel entspricht, daß Geldzahlungen dem Gläubiger an den Ort der Handelsniederlassung respective an den Wohnort desselben zu übermachen sind, so kann darin, daß der Beklagte gegen diesen Beisatz keine Einsprache erhob, dessen Unterwerfung unter den Gerichtsstand des Wiener Gerichts im Sinne des §. 43 J. N. nicht gefunden werden. Denn es war für ihn nicht offenbar erkenntlich, daß der Kläger durch den Beisatz „zahlbar in Wien" ihm eine über die gesetzliche Verpflichtung hinausgehende, besondere Folgen für den Gerichtsstand nach sich ziehende Verbindlichkeit auferlegen wollte, und es kann daher sein Stillschweigen nicht als Zustimmung zu einem Vertrage gelten, nach welchem er sich verpflichtete, die Zahlung in Wien zu leisten."[33]) In dem letzten Erkenntniß[34]) wird aber ausgeführt, der §. 43 J. N. setze eine aus-

[33]) Die im Texte mitgetheilte Begründung ist (wie auch Ehrlich, Wiener Juristische Blätter 1887 S. 390 mit Recht bemerkt) keine ganz correcte. Es kommt in der That nicht darauf an, ob der Facturenempfänger wußte oder nicht wußte, welche Consequenzen bezüglich des Gerichtsstandes herkömmlich an einen derartigen Beisatz in der Factura geknüpft werden. Enthielte die Nichtbeanstandung des Facturavermerks eine Anerkennung desselben als eines ausdrücklich vereinbarten Bestandtheils der lex contractus, so wäre das Forum des §. 43 J. N. begründet, auch wenn der Empfänger der Factura von dieser eventuellen Consequenz seines Schweigens keine Ahnung gehabt hätte; §. 43 J. N. normirt ja nicht eine prorogatio fori, sondern ein forum contractus. Umgekehrt wäre das forum contractus auch dann nicht begründet, wenn dem Facturenempfänger sehr wohl bekannt gewesen wäre, daß der Facturenaussteller im Falle der Nichtbeanstandung des Facturavermerks eventuell das Forum des §. 43 J. N. anrufen werde; denn der Facturenempfänger ist ja gar nicht in der Lage, zu bestreiten, daß er ex lege an dem facturirten Orte zu zahlen schuldig sei und darum liegt auch unter der eben angegebenen Voraussetzung darin, daß der Facturenempfänger den Vermerk unbeanstandet gelassen hat, später aber die exceptio fori erhebt, keine Verletzung der bona fides. (Vgl. hiezu das oben S. 100 fg. zu a bemerkte.)

[34]) Es wurde eine Forderung „für den Bau einer Mahlmühle" eingeklagt und das forum contractus mit der Anführung begründet, „daß Kläger eine Abrechnung, aus der sich der eingeklagte Forderungsrest ergab, dem B zugeschickt und daß derselbe (der Beklagte) die Rechnung ohne gegen den darin bezeichneten Zahlungsort eine Einsprache zu erheben, angenommen habe".

Digitized by Google

drückliche Bestimmung des Zahlungsortes voraus, welche „nicht durch den einseitigen Willen des einen Theiles und durch die mit einer Art Präclusivfrist verbundene Notification desselben an den anderen Contrahenten rechtsverbindlich stattfinden" könne; es handle sich um „eine Leistung aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnisse —, also um eine Leistung, für welche von dem bisher eingehaltenen vertragsmäßigen Vorgange abweichende Bestimmungen über die Zahlungsmodalitäten von einem Contrahenten einseitig und beliebig nicht mehr getroffen werden können." [35])

5. Nach Art. 420 der rheinischen Civilproceßordnung [36]) konnte in Handelssachen der Schuldner vor den Richter des Zahlungsortes geladen werden. Die Frage, ob das forum solutionis auf Grund der erwähnten gesetzlichen Bestimmung dadurch begründet ist, daß der Käufer einen Facturavermerk, in welchem ein Zahlungsort angegeben wird, nicht beanstandet hat, wurde vom Reichsoberhandelsgericht in den beiden in der bekannten Sammlung mitgetheilten Entscheidungen, die sich mit derselben beschäftigen, übereinstimmend verneint. In dem ersten dieser Erkenntnisse (V Nr. 7 S. 32 fg.) wird hervorgehoben, daß die widerspruchslose Annahme der Factura jedenfalls die Geltendmachung eines von dem Facturavermerke abweichenden früheren, einen Zahlungsort normirenden Überein-

---

[35]) In den Gründen heißt es freilich weiter, das Beispiel einer Waarensendung mit einer den Zahlungsort bestimmenden Factura sei als Analogie für den vorliegenden Fall nicht zutreffend, weil es sich da erst „um die Einleitung eines Vertragsverhältnisses" handle. Allein es leuchtet ein, daß es sich bei der Zusendung einer Waare mit einer Factura nur dann erst um die Einleitung eines Vertragsverhältnisses handelt, wenn eine Bestellung nicht vorhergegangen ist.

[36]) Der Art. 420 (im Titel XXV „Procédure devant les tribunaux de commerce") des Code de proc. civ. lautet:

Le demandeur pourra assigner à son choix,

Devant le tribunal du domicil du défendeur (C. 102, 111);

Devant celui, dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée;

Devant celui, dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué.

Digitized by Google

kommens nicht ausschließe.[37]) Das zweite der hieher gehörigen Erkenntnisse (XXII. Nr. 32 S. 144 fg.) aber spricht aus, daß wenn gelegentlich des Kaufabschlusses nichts über einen Zahlungsort vereinbart wurde, ein den Wohnsitz des Verkäufers als Zahlungsort angebender, vom Käufer nicht beanstandeter Facturavermerk das forum solutionis nicht begründe.[38]) Die Entscheidungsgründe der letzteren Entscheidung sind so lehrreich, daß ich dieselben — obwohl ich in einem Punkte die Auffassung des R. O. H. G. nicht theile — in der Anmerkung in extenso mittheile.[39])

[37]) Durch dieses Erkenntniß wurde die in Goldschmidts Z. Schr. XXIII. S. 532 mitg. Entscheidung der A. H. Cöln vom 27. Dec. 1870 cassirt. — Auf demselben Standpunkte wie das citirte reichsoberhandelsgerichtliche Erkenntniß steht dagegen die Entscheidung des A. H. Cöln ebenda S. 534 fg. v. 21. Juni 1872.

[38]) Dagegen wird in zwei in Goldschmidts Z. Schr. XXIII. S. 535 fg. Anm. 1 mitg. Erkenntnissen des A. H. Köln folgender Satz entwickelt: „Wenn der Käufer einer Waare deren Empfangnahme verweigert, so kann für die Klage des Verkäufers auf Zahlung die Competenz des Handelsgerichts des Wohnortes des Verkäufers weder darin, daß der Käufer eine Factura über die Waare mit dem Vermerke „zahlbar am Wohnort des Verkäufers" zugesandt erhalten hat, noch darin eine Begründung finden, daß die demselben über frühere Waarenbezüge ertheilten Facturen mit dem gedachten Vermerk versehen gewesen und von ihm ohne Widerspruch angenommen wurden." Beides gilt aber m. E. auch dann, wenn Käufer die Empfangnahme der Waare nicht verweigert hat.

[39]) Das R. O. H. G. begründet sein der Incompetenzeinrede stattgebendes (die Urtheile der beiden unteren Instanzen cassirendes) Erkenntniß in folgender Weise:

„In Erwägung, daß sowohl die Klage als das angefochtene Urtheil davon ausgehen, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein Kaufvertrag perfect geworden sei, dabei aber über den Ort der Zahlung nichts vereinbart worden sei;

daß nun aber, soweit bei Abschluß eines Vertrages über Nebenbestimmungen, wie über Zeit und Ort der Erfüllung, besondere Verabredungen nicht getroffen sind, die gesetzlichen Vorschriften, also betreffs des Ortes die Artikel 1247 B. G. B. und 324, 325 H. G. B. als vereinbart gelten müssen;

daß, wenn demnach der durch das Gesetz ergänzte Inhalt des Vertrages dahingeht, daß der Wohnsitz des Schuldners der Ort der Erfüllung sei (?), das Verlangen des Verkäufers, der Kaufpreis solle an seinem Wohnsitze zahlbar sein, sich nur als eine einseitige, willkürliche Abweichung vom Vertrage darstellt;

Digitized by Google

6. Der in den eben besprochenen Erkenntnissen des R. O. H. G. vertretenen Auffassung ist m. E. auch vom Stand-

daß wenn ein solches Begehren in bestimmter, unzweideutiger Weise gestellt worden wäre, der Käufer solches als einen auf Abänderung des Vertrages gerichteten Vorschlag, in Gemäßheit der Art. 319, 320 des H. G. B. durch einfaches Stillschweigen hätte ablehnen können;

daß aber dieß noch mehr dann gelten muß, wenn sich der Verkäufer auf einen bloßen Vermerk in der Factura beschränkt, welcher in Rücksicht auf Art. 325 H. G. B auch dahin verstanden werden kann, daß er sich nur auf die Verbindlichkeit des Käufers beziehe, die Zahlung auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermachen und welcher jedenfalls die von den Grundsätzen loyalen Verkehrs gebotene Bestimmtheit und Deutlichkeit gänzlich vermissen läßt;

daß es also nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden irrthümlich wäre, aus der unbeanstandeten Annahme einer solchen Factura eine Vereinbarung dahin herzuleiten, daß der Käufer am Wohnsitze des Verkäufers zu erfüllen und auf Grund des Art. 420 B. P. O. auch vor den dortigen Gerichten Recht zu nehmen habe;

daß nun zwar der Appellationsgerichtshof seine Entscheidung darauf stützt, daß es eine im Handelsverkehr übliche Verfahrungsweise sei, in den Facturen über käuflich gelieferte Waaren die Modalitäten des Kaufvertrages zu fixiren, und daß im gegebenen Falle eine besondere Uebereinkunft unter den Parteien über den Zahlungsort nicht getroffen sei;

daß jedoch diese Feststellung nicht genügt, um das widersprechende Resultat zu rechtfertigen, da, wenn auch der Art. 279 auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche verweist, darunter doch nur solche Gewohnheiten und Gebräuche verstanden werden können, welche bei beiden Theilen in Uebung, beiden Theilen gleichmäßig bekannt sind, dieses aber in der fraglichen Feststellung nicht zu finden ist;

daß daher das Urtheil wegen Verletzung der Art. 279, 319, 320, 324 H. G. B. zu vernichten ist;

daß sonach zu der Sache selbst, aus den bereits ausgeführten Gründen, und, da eine solche Uebung des Handelsverkehrs, wie sie bestehen müßte, um der Annahme der Factura die von der Klägerin behauptete Wirkung beizulegen, keineswegs allgemein besteht, vielmehr ein solcher unklarer Vermerk in der Factura nur als ein gegen Treu und Glauben verstoßender Versuch angesehen werden kann, nachträglich gegen das begründete Vertragsrecht, die in Art. 420 Rh. B. P. O. verordnete Zuständigkeit herbeizuführen;

daß somit die Klage als vor dem unzuständigen Gerichte erhoben, abzuweisen ist."

Ich bemerke, daß in dem dem Erkenntniß zu Grunde liegenden Fall der Verklagte in Memel, der Kläger in Crefeld wohnte und daß die

Digitized by Google

punkte des gegenwärtig geltenden deutschen Proceßrechts aus zuzustimmen. Nach §. 29 der deutschen Civilproceßordnung ist für „Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung — das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.“ [40]) Durch diese Bestimmung wird aber Art. 325 Abs. 2 H. G. schon darum nicht aufgehoben, weil diese Bestimmung des Handelsgesetzbuchs keine proceßrechtliche Vorschrift enthält, sondern lediglich die Bedeutung der Norm des ersten Absatzes desselben Artikels näher bestimmt.[41]) In Folge dessen kann auf Zahlung des Kaufpreises trotz des §. 29 C. P. O. und des Art. 325 Abs. 1 H. G. im Sinne des Art. 325 Abs. 2 (vgl. auch Art. 342 Abs. 3) nicht bei dem Gerichte des durch Art. 325 Abs. 1 statuirten gesetzlichen Erfüllungsortes geklagt werden. Das Forum des §. 29 C. P. O. ist vielmehr für Klagen auf Zahlung des Kaufpreises nur dann begründet, wenn ein Erfüllungsort (Zahlungsort) ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist.[42]) Da nun, wie wir gehört haben, das Reichsoberhandelsgericht und

---

Factura des Letzteren (des Verkäufers) den Vermerk „zahlbar in Crefeld“ trug. Nach meinem Dafürhalten war Crefeld im Sinne des Art. 325 Abs. 1 H. G. allerdings Erfüllungsort (hierin weiche ich also vom R. O. H. G. ab; vgl. oben S. 100 Anm. 20). In Folge der Bestimmung des Art. 325 Abs. 2 war aber trotz des Art. 420 Rh. P. O. in Crefeld das forum solutionis nicht begründet.

[40]) Vgl. hiezu die Verordnung des österr. Justizministeriums vom 8. Aug. 1885 Z. 14324, Verordnungsblatt vom Jahre 1885 Nr. 56, sowie die in den Wiener Juristischen Blättern 1888 S. 264 mitg. Entscheidung des österr. O. G. H. — Das Forum des §. 29 der deutschen C. P. O. ist demnach in vielen Fällen begründet, in denen das Forum des §. 43 unserer J. N. nicht begründet wäre. Vgl. hiezu Slg. XXII Nr. 10228.

[41]) Zudem erklärt der Absatz 1 des §. 13 E. G. zur C. P. O., daß die proceßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die C. P. O. nicht berührt werden; in dem folgenden, die derogirten reichsgesetzlichen Bestimmungen speciell aufzählenden Absatze des citirten §. 13 ist aber Art. 325 Abs. 2 nicht erwähnt. Vgl. hiezu R. G. I Nr. 158 S. 446.

[42]) Vgl. hiezu R. G. I Nr. 158 S. 444 fg.

Digitized by Google

das Reichsgericht[43]) anerkannt haben, daß die bloße Nichtbeanstandung des einen Zahlungsort angebenden Facturavermerks seitens des Käufers eine stillschweigende den Zahlungsort normirende Vereinbarung nicht herbeiführt, so kann auf Grund des erwähnten Thatbestandes das forum solutionis des §. 29 C. P. O. nicht angerufen werden.

C. Unser Ergebniß ist also, daß nach österreichischem Recht das forum contractus dadurch allein nicht begründet wird, daß der Verkäufer in der gelegentlich der Lieferung bestellter Waare dem Käufer übermittelten Factura einen Ort nennt, an welchem er Zahlung des Kaufpreises wünscht und der Käufer diesen Facturavermerk unbeanstandet gelassen hat.[44]) Eine ganz andere zum Schlusse in Kürze zu erörternde Frage ist natürlich die, ob es sich nicht de lege ferenda empfehle, für gewisse Gruppen von Klagen das Forum des Gläubigers ohne weiteres für competent zu erklären.[45]) Sehr

[43]) Vgl. das oben S. 87 fg. Anm. 5 mitg. Erkenntniß.

[44]) Wie es sich in dieser Beziehung dann verhält, wenn unbestellte Waare mit einer einen solchen Vermerk enthaltenden Factura zugesendet wurde, ist unten S. 144 fg. dargelegt.

[45]) Vgl. die in der Sitzung des österreichischen Abgeordnetenhauses vom 3. Februar 1890 — 361. Sitzung der X. Session Prot. S. 13283 fg. — verlesene Interpellation der Herren Abgeordneten Neuber und Genossen, in welcher es heißt: „Der Streit über die Competenz des einen oder anderen Gerichtshofes bildet bei vielen handelsgerichtlichen Processen eine stereotype Einwendung in hunderten von Fällen; hiedurch wird viel Zeit, Mühe und Kosten unnöthig aufgewendet und sind diese k. k. Gerichte durch die oft muthwillig gemachte Einwendung der Incompetenz durch Processe sehr überlastet. In den kaufmännischen Facturen wird wohl das Domicil des Ausstellers meist als Zahlungsort bezeichnet, doch auch in diesem Falle kommt es zu Incompetenzstreiten, da der Empfang der Facturen oft in Abrede gestellt wird. Ungarn vermeidet in dieser Beziehung jeden Streit durch die einfache und klare Bestimmung des ungarischen Handelsgesetzes, nach welchem das Klagebegehren immer dort eingebracht werden kann, wo der Kläger seine Bücher führt."

Seine Excellenz der Herr Justizminister Graf Schönborn hat sich in der Beantwortung dieser Interpellation in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 6. December 1890 — 418. Sitzung der X. Session Prot. S. 15849 — folgendermaßen geäußert: „In Betreff der — Frage über

weit geht in dieser Beziehung bekanntlich das ungarische Recht. Im §. 35 Abs. 2 der ungarischen Civilproceßordnung[46]) heißt es nemlich: „Auf Buchauszüge und Rechnungen begründete Forderungen können innerhalb anderthalb Jahren, — und wenn der Buch- oder Rechnungsauszug gesetzmäßig beglaubigt worden ist, innerhalb drei Jahren bei dem Gerichte des Ortes eingeklagt werden, wo die Bücher geführt werden." Ich bin nun der Meinung, daß es, selbst wenn man die im vorstehenden formulirte Frage principiell bejaht, Vielen bedenklich erscheinen wird, eine so weit gehende Bestimmung zu befürworten. Wohl aber wäre nach meinem Dafürhalten, insoferne man unsere Frage überhaupt grundsätzlich bejaht, vielleicht eine Bestimmung empfehlenswerth, die etwa folgendermaßen gefaßt wäre: „Für Klagen auf Zahlung des Preises für gelieferte Waaren aus Käufen und Commissionsgeschäften ist innerhalb einer (zum Beispiel) dreijährigen Frist vom Zeitpunkte der Lieferung an, auch das Gericht zuständig, dem der Geklagte unterstände, wenn er sich an dem Orte befände, an welchem der Gläubiger zur Zeit der Lieferung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermanglung seinen Wohnsitz hatte."

Für die Betrachtung de lege ferenda ist einerseits zu erwägen, daß es ein begreiflicher Wunsch des Verkäufers ist, der für seine gute Waare den creditirten Kaufpreis erhalten will, diesen Anspruch nicht bei dem Gericht des auswärts domicilirenden Käufers geltend machen zu müssen, weil ja seine

die Competenz der Gerichte in handelsgerichtlichen Processen haben die Herren Interpellanten selbst angeführt, daß in den kaufmännischen Facturen das Domicil des Ausstellers meist als Zahlungsort bezeichnet zu werden pflegt. Nun hat aber der Oberste Gerichtshof bereits in zahlreichen Fällen constant ausgesprochen, daß durch die vorbehaltlose Annahme einer die Waare begleitenden Factura, in welcher der Zahlungsort bezeichnet ist, der Gerichtsstand des Vertrages begründet werde, der Gläubiger in solchen Fällen also berechtigt sei, seinen Anspruch bei dem Gerichte des Zahlungsortes geltend zu machen. Mit Rücksicht auf diese constante oberstgerichtliche Praxis, welche, so viel mir bekannt ist, auch von den unterstehenden Gerichten allgemein geübt wird, glaube ich nicht, daß in der zuletzt bezeichneten Frage derzeit irgend etwas vorzukehren sei."

[46]) G. A. LIV vom Jahre 1868. — Ich citire nach der bei Moriz Räth 1882 erschienenen deutschen Ausgabe.

Digitized by Google

Kosten dadurch unter Umständen erheblich gesteigert werden, andererseits aber zu beachten, daß es für den Käufer, der sich was Quantität oder Qualität der empfangenen Waare betrifft, benachtheiligt weiß, eine eventuell recht kostspielige und umständliche Sache ist, wenn er diesen seinen Einwendungen vor dem Gerichte des auswärts wohnenden Gläubigers Geltung zu verschaffen genöthigt ist.[47]) Hält man es aber für ein Postulat der Sicherheit und Prosperität von Handel und Verkehr in diesem Widerstreit der Interessen sich auf die Seite des Verkäufers zu stellen[48]), dann scheint es mir allerdings das richtige

[47]) Vgl. hiezu die folgende Anmerkung.

[48]) Das heutige Recht hat bekanntlich auch in so manchen Beziehungen den Verkäufer ungleich günstiger gestellt als das römische Recht. Man denke z. B. an die Bestimmungen der Artt. 347 fg. H. G.

Von dem entgegengesetzten, dem Käufer günstigen Standpunkte geht aber aus der §. 4 des Gesetzentwurfes, betreffend die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung (Nr. 8 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses, XI. Session 1891), welcher lautet: „Klagen, welche auf Grund der Veräußerung einer beweglichen Sache gegen Ratenzahlung wider den Erwerber der Sache gerichtet sind, können, sofern der Wohnsitz des Geklagten im Geltungsgebiete dieses Gesetzes sich befindet, und die Klage auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist, welche ohne Hinzurechnung der Zinsen und anderer Nebengebühren den Betrag von 500 Gulden nicht übersteigt, nicht bei dem nach §. 43 der Civil-Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251 (für Dalmatien R. G. Bl. Nr. 261) zuständigen Gerichte angebracht werden. — Bei Streitsachen dieser Art ist auch die freiwillige Unterwerfung unter ein anderes als das zuständige Gericht (§. 47 der Civil-Jurisdictionsnorm vom 20. November 1852, R. G. Bl. Nr. 251, bzw. 261) ohne Wirkung. — Die Unzuständigkeit kann nur dadurch behoben werden, daß der Beklagte, ohne Einwendung gegen die Zuständigkeit zu erheben, in die Verhandlung sich einläßt. — Zweifel über die Zuständigkeit sind durch von Amtswegen zu pflegende Erhebungen zu beseitigen und ist das Streitverfahren, wenn es bereits eingeleitet ist, bis zum Abschlusse dieser Erhebungen auszusetzen. Die Unzuständigkeit ist selbst nach erfolgter Urtheilsfällung von Amtswegen zu berücksichtigen und steht die Aufhebung des Urtheiles jenem Gerichte zu, welches in letzter Instanz erkannt hat." In den einschlägigen Ausführungen der Motive a. a. O. S. 11 aber heißt es: Durch die im §. 4 in Vorschlag gebrachten Bestimmungen soll dem Wunsche nach Einschränkung des forum contractus, welcher mit besonderer Lebhaftigkeit schon wiederholt ausgesprochen worden ist, Rechnung getragen werden. Es erscheint in der That als ein Bedürfniß, bei Vorhandensein der in diesem Paragraph an-

Digitized by Google

zu sein, den Käufer von Rechtswegen dem Forum des Verkäufers zu unterwerfen.[49]) Natürlich wird dieß — vorausgesetzt, wie gesagt, daß man überhaupt den Verkäufer besonders in Schutz zu nehmen entschlossen ist — umsomehr dann geboten sein, wenn man der im vorstehenden de lege lata vertretenen Auffassung beipflichtet, also annimmt, daß das forum contractus dadurch allein nicht begründet wird, daß der Käufer einen den Zahlungsort nennenden Vermerk in der Factura des Verkäufers nicht beanstandet hat. Aber auch vom Standpunkte der in unserer Praxis herrschenden Auffassung, welche auf

---

geführten Voraussetzungen den Verkäufer zu nöthigen, seine Ansprüche in der Regel bei dem ordentlichen Gerichtsstande des Käufers geltend zu machen. Die Mündlichkeit des Verfahrens, welche bei Streitigkeiten aus Ratengeschäften die Regel bildet, und die oft große Entfernung des Wohnsitzes des Käufers von dem Gerichtsstande des Verkäufers machen dem Käufer die Vertheidigung sehr schwer und nöthigen ihn zu einem Kostenaufwande, der zu dem Streitgegenstande manchmal in gar keinem Verhältnisse steht. Auf der Seite des Verkäufers sind die Schwierigkeiten, dem Gerichtsstande des Beklagten zu folgen, dagegen erheblich geringer. Er oder seine Bevollmächtigten, welche zumeist doch im Wohnorte des Käufers das Geschäft abgeschlossen oder zum Geschäftsabschlusse eingeladen haben, sind mit den Localverhältnissen daselbst vertraut, auch wird es ihm in den meisten Fällen möglich sein, durch partienweise Zusammenfassung der Klagen bei einer Verhandlung eine ganze Reihe von Klagen gleichzeitig zur Erledigung zu bringen. — Die im zweiten Absatze verfügte Ausschließung der Unterwerfung unter ein anderes als das zuständige Gericht durch ein vorgängiges Übereinkommen ist eine Consequenz der Ausschließung des forum contractus. — Durch die Bestimmung des dritten Absatzes des §. 4 soll der Richter angewiesen werden, in solchen Fällen auch von Amtswegen seine Competenz zu prüfen, andererseits dem Beklagten, welcher zur Verhandlung thatsächlich erschienen ist, die Möglichkeit gewährt werden, die Sache sofort zur Austragung zu bringen." Mit Beziehung auf die Bestimmungen der §§. 1—4 des Entwurfes wird aber in den Motiven a. a. O. S. 11 hervorgehoben: „Es verdient bemerkt zu werden, daß die wesentlichsten der bisher in Erörterung gezogenen Bestimmungen des Entwurfes seitens der Wiener Handels- und Gewerbekammer ausdrücklich befürwortet worden sind."

[49]) Einen Fall, in dem freilich nicht für eine Klage, sondern für ein eigenthümlich gestaltetes Rechtsmittel das Forum des Gläubigers als competent erklärt wird, enthält Art. 310 H. G. Im Art. 315 H. G. wird für die Klage zur Geltendmachung des Retentionsrechts das für den Gläubiger zuständige Gericht als competent erklärt.

Digitized by Google

Grund des erwähnten Thatbestandes das forum contractus als begründet ansieht, wäre eine gesetzliche Bestimmung des oben vorgeschlagenen Inhalts darum nicht unwichtig, weil durch eine solche Norm die meisten der Competenzprocesse vermieden würden, die erfahrungsmäßig trotz der eben charakterisirten herrschenden Auffassung der Praxis sehr häufig durchgeführt werden müssen, wenn der Verkäufer sein Gericht als das Gericht des facturirten Zahlungsortes im Sinne des §. 43 J. N. anruft.[50])

[50]) Klein, in der bereits wiederholt citirten Schrift Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich S. 62 fg., entwickelt in kurzen Zügen die Geschichte des österr. Gerichtsstandswesens im letzten Jahrhundert, und spricht sich für die Aufhebung oder doch wesentliche Beschränkung unserer 41 Sondergerichtsstände aus. Was den uns hier zunächst interessierenden §. 43 J. N. betrifft, so gelangt Klein a. a. O. S. 71 zu folgendem Ergebniß: „Das frühere österr. Recht schimmert noch durch §. 43 J. N. hindurch, ist aber hier in einer unglücklichen Wendung (im Vertrage ausdrücklich bestimmter Zahlungsort) erstickt. Das Beste wäre, die ganze schwierige und hier schädlich wirkende Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung durch Rückkehr zur Textirung der alten Jurisdictionsnormen zu umgehen." Klein schlägt also, wenn ich ihn recht verstehe, vor, das forum contractus (solutionis) solle nur im Falle ausdrücklichen Versprechens der Zahlung bzw. Erfüllung einer Verbindlichkeit an einem bestimmten Orte begründet sein. (Vgl. Klein a. a. O. S. 66.) M. E. wäre bei einer Neugestaltung unseres Proceßrechts in Erwägung zu ziehen, ob es nicht möglich wäre, die Statuirung eines forum contractus bzw. solutionis dadurch ganz zu vermeiden, daß man für gewisse Gruppen von Fällen das Forum des Gläubigers zum exclusiven oder electiven Gerichtsstand erklärt. Die umsichtigste Formulirung einer das forum solutionis normirenden Bestimmung wird Competenzstreitigkeiten nie so gründlich verhindern, wie eine Norm, die den Schuldner in gewissen Fällen ex lege dem Forum des Gläubigers unterwirft. — Treffend bemerkt Klein a. a. O. S. 71 Anm. 83, von der stillschweigenden Bestimmung eines Zahlungsortes bzw. Erfüllungsortes gelte dasselbe, „was der Justizausschuß des Abgeordnetenhauses in seinem Berichte über die Regierungsvorlage betr. das Gesetz über das mündliche Summarverfahren — zu §. 9 der Ausschußvorlage über d. i. gegen die stillschweigende Prorogirung des Bagatellverfahrens sagt". (Vgl. unten S. 122 Anm. 9.)

Digitized by Google

§. 8.

IX. Prorogation des Summar- oder Bagatell-verfahrens.

A. Nach §. 6 des Justizhofdecrets vom 24. October 1845 Nr. 906 J. G. S. kann „das summarische Verfahren für alle Rechtsstreitigkeiten ohne Unterschied des Gegenstandes und Betrags der Forderung" durch Uebereinkommen beider Theile gewählt werden.[1]) Es fragt sich, ob ein solches Uebereinkommen dadurch als festgestellt erscheint, daß nachgewiesen wird, in der vom Verkäufer dem Käufer gelegentlich der Lieferung bestellter Waare übermittelten Factura sei ein Vermerk enthalten gewesen, in dem es heißt, im Streitfalle habe das summarische Verfahren Platz zu greifen und der Käufer habe diesen Vermerk nicht bzw. nicht rechtzeitig beanstandet.[2]) M. E. ist diese Frage zu verneinen. Sache des Verkäufers, welcher sich die Vortheile des Summarverfahrens für einen 500 fl. ö. W. (ohne Zinsen und sonstige Nebengebühren) übersteigenden Klagsanspruch sichern wollte, war es, dem Käufer während der Vertragsver-

[1]) Nach §. 1 des citirten Hfd. bzw. §. 2 des Ges. vom 16. Mai 1874 R. G. Bl. Nr. 69 sind Rechtsstreitigkeiten über bestimmte Geldsummen, welche ohne Zinsen und andere Nebengebühren den Betrag von 500 fl. ö. W. nicht übersteigen, summarisch zu verhandeln. Rechtsstreitigkeiten über andere Gegenstände sind dann summarisch zu verhandeln, wenn der Kläger anstatt derselben eine Geldsumme, welche nach obiger Rechnung 500 fl. ö. W. nicht übersteigt, anzunehmen, sich ausdrücklich erbietet (§. 2 desselben Hfd. und § 2 des Ges. v. 16. Mai 1874 R. G. Bl. Nr. 69).

[2]) In der Factura heißt es z. B. „Bei Streitigkeiten bis zum Betrage von 500 fl. unterwerfen sich beide Theile dem Bagatellverfahren und bei Streitigkeiten über 500 fl. dem Summarverfahren." (Vgl. oben S. 11 Anm. 26.) Der Verkäufer erhebt dann Klage auf Bezahlung eines 500 fl. übersteigenden Betrages und bittet um Einleitung des Summarverfahrens.

Digitized by Google

handlungen zu proponiren, er möge ein dahingehendes Uebereinkommen mit ihm abschließen. Hat er dieß versäumt, so durfte er nicht erst die gelegentlich der Lieferung der bestellten Waare übersandte Factura dazu benützen, ein im Sinne des §. 6 des S. V. wirksames Uebereinkommen herbeizuführen. Der Käufer braucht sich über einen erst in diesem Stadium gestellten zusätzlichen Antrag nicht zu äußern und er verletzt deshalb auch die bona fides nicht, wenn er den Facturavermerk, obwohl er mit demselben nicht einverstanden ist, nicht beanstandet; aus dem Schweigen des Käufers darf daher nicht geschlossen werden, er sei mit dem Prorogationsvermerk einverstanden gewesen.[3]) Irrelevant ist es in der uns hier interessirenden Beziehung, α) daß der Käufer die Waare behalten bzw. über dieselbe disponirt hat[4]), β) daß der Verkäufer in der Factura bzw. einem Begleitschreiben erklärte, er sehe das Behalten der Waare als ein Zeichen des Einverständnisses des Käufers mit dem Factureninhalt bzw. dem Prorogationsvermerk an[5]), γ) endlich ob der Zusendung der Waare eine Annahme der vom Adressaten gemachten Bestellung vorausgieng oder ob die Annahme der Be-

[3]) Vgl. über das Schweigen als concludentes Handeln oben S. 37 fg; über die Gesichtspunkte, aus denen sich eine Rügepflicht des Verkäufers bezüglich gewisser Bestandtheile des Factureninhalts allein rechtfertigen läßt, siehe oben S. 45 fg.

Aus dem im Texte bemerkten folgt auch, daß ein das mündliche Verfahren prorogirendes urkundliches Uebereinkommen im Sinne des §. 1 Abs. 2 des Ges. vom 16. Mai 1874 R. G. Bl. Nr. 69 dadurch nicht zu Stande käme, daß der Käufer einen Vermerk in der Factura, welcher etwa besagte, es solle in einem eventuellen künftigen Rechtsstreite das mündliche Verfahren Platz greifen nicht bzw. nicht rechtzeitig beanstandet hätte. Vgl. hiezu unten S. 127 Anm. 18.

Das im Texte bemerkte gilt natürlich auch für Clauseln, in welchen der Aussteller der Factura etwa erklärte, bloß der Empfänger der Factura unterwerfe sich eventuell dem Summarverfahren oder durch welche es dem Verkäufer vorbehalten würde, zwischen dem Summarverfahren und dem ordentlichen Verfahren zu wählen. (Vgl. ähnliche Clauseln oben S. 11 Anm. 26.)

[4]) Es ergibt sich dieß daraus, daß der Käufer nicht einmal berechtigt gewesen wäre, wegen eines Fakturavermerks dieser Art die Waare zurückzuweisen. Vgl. oben S. 29 fg., S. 103 fg.

[5]) Vgl. hiezu oben S. 31 fg. Anm. 8.

Digitized by Google

stellung (des Kaufsofferts) erst durch die Zusendung der Waare und Factura erfolgte.[6])

B. Der §. 5 des Gesetzes vom 27. April 1873 R. G. Bl. Nr. 66 über das Bagatellverfahren lautet: „Auf Grund eines Uebereinkommens der Parteien können auch Ansprüche bis zu dem Betrage von 500 fl., soferne im übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung des Bagatellverfahrens vorliegen, im Bagatellverfahren verhandelt werden, wenn dieses Uebereinkommen ausdrücklich vor dem Bagatellrichter getroffen oder ein früher getroffenes Uebereinkommen diesem Richter urkundlich nachgewiesen wird.“ [7]) Im §. 6 desselben Gesetzes aber heißt es: „Als ein vorgängiges Uebereinkommen im Sinne des §. 5 gilt, insbesondere bei Klagen aus dem Transportgeschäfte über Sachen und bei Klagen auf Grund einer in den Artikeln 301 und 302 des Handelsgesetzes bezeichneten Urkunde, die Annahme des zur Beurkundung des Rechtsgeschäfts ausgefertigten Documentes (Frachtbrief, Anweisung, Verpflichtungsschein u. s. w.), in welchem für den Streitfall die Unterwerfung unter das Bagatellverfahren erklärt wird.“

Auf Grund der citirten gesetzlichen Bestimmungen hat sich

[6]) Dieß folgt aus dem oben S. 77 fg. bemerkten (vgl. auch oben S. 104 fg.), sowie aus der Erwägung, daß eine Clausel der erwähnten Art, weil sie nicht eines der essentialia negotii betrifft, gewiß nicht hinreicht, die Annahme zu rechtfertigen, der Absender der Waare habe nicht eine Bestellung ausführen, sondern nur ein Verkaufsoffert stellen wollen. — Nur dann, wenn der Besteller aus dem sonstigen Factureninhalte schließen dürfte und müßte (vgl. oben S. 82), es liege ein bloßes Verkaufsoffert vor, würde eine Clausel der uns hier interessirenden Art eventuell lex contractus. Vgl. hiezu unten S. 144 fg.

[7]) Im Bagatellverfahren sind zu verhandeln (vgl. §. 1 des Ges. vom 27. April 1873 R. G. Bl. Nr. 66 in der durch das Gesetz vom 1. März 1876 R. G. Bl. Nr. 23 normirten Textirung): „1. Rechtsstreitigkeiten über bestimmte Geldsummen, welche nach dem Klagebegehren, ohne Hinzurechnung der Zinsen und anderen Nebengebühren den Betrag von 50 fl. nicht übersteigen. 2. Rechtsstreitigkeiten über andere Gegenstände, wenn der Klageanspruch zu einem alternativen Begehren auf Zuerkennung einer Geldsumme sich eignet und diese in einem 50 fl. nicht übersteigenden Betrage gefordert wird, oder wenn der Kläger sich in der Klage ausdrücklich erbietet, eine solche Geldsumme als Abfindungsbetrag anzunehmen.“

Digitized by Google

nun namentlich in der Praxis des Bagatellgerichtes in Handelssachen in Wien die Uebung gebildet, daß „über Klagen bis zum Betrage von 500 fl. das Bagatellverfahren dann eingeleitet wurde, wenn die betreffende Factura mit dem Prorogationsvermerke versehen und aus der Behauptung des Klägers zu entnehmen war, daß dieselbe von dem Adressaten anstandslos angenommen worden sei.“[8]) Dieser bis zum Ende des Jahres 1889 ziemlich unangefochtenen Praxis[9]) ist nun ein Plenarbeschluß des Wiener Oberlandesgerichtes vom 17. Decbr. 1889 Z. 16652 entgegengetreten, in welchem es heißt: „Der in einer Factura vorkommende Vermerk, in welchem für den Streitfall die Unterwerfung unter das Bagatellverfahren erklärt wird, genügt nicht zur Begründung der Competenz des Bagatellgerichts und die Annahme einer solchen die Waare begleitenden Factura oder der von einer solchen Factura begleiteten Waare ist nicht als ein vorgängiges Uebereinkommen im Sinne des §. 5 des Gesetzes vom 27. April 1873 R. G. Bl. Nr. 66 anzusehen.“[10]) Der

[8]) Diese Formulirung ist der im Verordnungsblatte des Justizministeriums 1890 S. 218 fg. mitg. Plenar-Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 11. Nov. 1890 Z. 301 Praes. entnommen.

[9]) Der Justizausschuß des Abgeordnetenhauses hat in seinem Bericht über die Regierungsvorlage betreffend das Gesetz über das mündliche Summarverfahren, Nr. 907 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses X. Session 1890, S. 7 über die Bestimmung des §. 6 des B. V. folgendes bemerkt: „Unsere Kaufleute pflegen — nicht selten an einer beliebigen Stelle des Frachtbriefes oft in unauffälliger Weise die Prorogationsclausel anzubringen, was zur Folge hat, daß der Adressat, der bei der Annahme des Frachtbriefes die Clausel übersah, im Falle eines Processes mit der Anwendung des Bagatellverfahrens überrascht wird.“ Sollte diese m. E. durchaus zutreffende Bemerkung nicht auch für Prorogationsvermerke auf Facturen gelten? (Der Justizausschuß beantragt a. a. O. S. 26 folgende Bestimmung (§. 9): „Auf Grund eines Uebereinkommens der Parteien können auch Ansprüche bis zum Betrage von 1000 Gulden — — im mündlichen Summarverfahren verhandelt werden, wenn dieses Uebereinkommen ausdrücklich vor dem Proceßrichter getroffen oder durch einen früher geschlossenen schriftlichen Vertrag diesem Richter urkundlich nachgewiesen wird.“ Eine dem §. 6 des B. V. entsprechende Bestimmung wurde dagegen nicht in Aussicht genommen.)

[10]) Vgl. Allg. österr. Gerichtszeitung 1890 S. 65. Gegen diesen Plenarbeschluß und für die bisherige Praxis spricht sich aus der Aufsatz

Digitized by Google

Oberste Gerichtshof hat sich dagegen in einem am 11. November 1890 unter Z. 301 Praes. in einem verstärkten Plenarsenate einhellig beschlossenen Gutachten dahin ausgesprochen, es entspreche den Bestimmungen der §§. 5 und 6 des bezeichneten Gesetzes, wenn die früher erwähnte „namentlich bei dem Bagatellgerichte des k. k. Handelsgerichtes in Wien bis Ende des Jahres 1889 bestandene Uebung" aufrecht verbleibe.[11])

Nach meinem Dafürhalten ist auf Grund des Thatbestandes, daß eine gelegentlich der Lieferung bestellter Waare dem Käufer übermittelte Factura einen Prorogationsvermerk enthielt, welcher seitens desselben nicht beanstandet wurde[12]), das Bagatell-

---

von R. Nowak, „Prorogirung des Bagatellverfahrens" ebenda S. 65—67. Mit Beziehung auf denselben Plenarbeschluß heißt es in einer im Abgeordnetenhause am 3. Februar 1890 (X. Session 361. Sitzung Prot. S. 13283) verlesenen Interpellation der Herren Abgeordneten Neuber und Genossen: „Ebenso findet die Bemerkung auf den Facturen, daß beide Theile sich im Streitfalle dem Bagatellverfahren unterwerfen, in Ungarn volle Berücksichtigung, während bei uns in letzterer Zeit, entgegen der bislang geübten Praxis bei den Gerichten, von hoher Stelle angeordnet wurde, diese Bemerkung auf den Facturen nicht zu berücksichtigen." In Folge des erwähnten Plenarbeschlusses hat ferner die Wiener Handels- und Gewerbekammer in ihrer Sitzung vom 26. Febr. 1890 — Wiener Zeitung vom 11. April 1890 S. 6 fg. — beschlossen, an das Justizministerium eine Eingabe zu richten, mit der Bitte „dafür zu sorgen, daß die bisherige Uebung hinsichtlich des Bagatellverfahrens auf Grund der usuellen Vermerke in Facturen wieder hergestellt werde."

Das Slg. XXV Nr. 11634 mitg. Erk. des Prager Oberlandesgerichts vom 4. April 1887 vertritt ebenfalls die in dem im Texte erwähnten Beschlusse des O. L. G. Wien acceptirte Auffassung. (Ich komme auf dieses vortrefflich begründete Erkenntniß später noch zurück.)

[11]) Seine Excellenz der Herr Justizminister Graf Schönborn hat auf dieses vom Justizministerium eingeholte Gutachten des Obersten Gerichtshofes in der Beantwortung der in der vorigen Anmerkung erwähnten Interpellation hingewiesen. (X. Session, 418. Sitzung vom 6. Dec. 1890 Prot. S. 15848 fg.) Vgl. auch Allg. österr. Gerichtszeitung 1891 S. 9 fg. sowie das Erk. des O. G. H. Slg. XXV Nr. 11634, durch welches die in der vorigen Anmerkung erwähnte Entscheidung des O. L. G. Prag abgeändert wurde. Vgl. hiezu unten S. 133 Anm. 27.

[12]) Also — um mich einer häufigen Redewendung unserer Praxis zu bedienen — auf Grund anstandsloser Annahme einer den Prorogationsvermerk enthaltenden Factura.

Digitized by Google

verfahren weder im Sinne des §. 5 noch im Sinne des §. 6 des Gesetzes vom 27. April 1873 R. G. Bl. Nr. 66 einzuleiten.[13])

[13]) Ueber den Fall der Zusendung unbestellter Waare mit einer den Prorogationsvermerk enthaltenden Factura vgl. unten S. 146 fg.

Es kommt gar nicht selten vor, daß in dem Prorogationsvermerk in der Factura zugleich das Bagatellgericht, vor dem die Streitsache eventuell verhandelt werden soll, speciell genannt ist. Es heißt also z. B. „In Klagefällen unterwerfen sich beide Theile dem Wiener Bagatellgerichte in Handelssachen." (Vgl. oben S. 11 Anm. 26 und den Slg. XXV Nr. 11634 mitgetheilten Rechtsfall.) Die Frage, ob durch die Nichtbeanstandung eines derartigen Vermerkes zugleich eine prorogatio fori im Sinne des §. 47 J. N. stattgefunden habe, wird (auch wenn wir von dem Falle, daß das in der Factura genannte Bagatellgericht etwa als forum domicilii des beklagten Käufers ohnedieß competent wäre, ganz absehen) selten von praktischer Bedeutung sein. In der Regel enthalten nemlich derartige Facturen auch einen den Zahlungsort normirenden Vermerk — z. B. also den Vermerk „zahlbar in Wien" — und in allen Fällen dieser Art wäre, insoferne man die im vorigen §. besprochene herrschende Ansicht unserer Gerichte theilt, das in der Factura genannte Gericht (z. B. also das Wiener Bagatellgericht in Handelssachen) eventuell schon auf Grund des §. 43 J. N. zuständig. Enthielte aber eine Factura, in welcher z. B. das Wiener Bagatellgericht in Handelssachen in dem Prorogationsvermerke genannt ist, ausnahmsweise nicht zugleich den Vermerk „zahlbar in Wien" oder theilt man die im vorigen §. entwickelte von der herrschenden Ansicht abweichende Auffassung, so wäre, falls gegenüber der beim Wiener Bagatellgerichte in Handelssachen eingebrachten Klage die exceptio fori erhoben würde, die Frage allerdings die, ob durch die Nichtbeanstandung des oben erwähnten Vermerks, eine prorogatio fori im Sinne des §. 47 J. N. zu Stande gekommen sei. Für die prorogatio fori verlangt nun §. 47 J. N. ebenfalls ausdrückliches Uebereinkommen der Parteien. Man wird daher diese Frage bejahen, wenn man bezüglich der im vorigen §. erörterten Frage der herrschenden Anschauung unserer Praxis sich anschließt, man wird sie verneinen, wenn man meiner ebenda dargelegten entgegengesetzten Ansicht beipflichtet. Von meinem Standpunkte aus wird man auch hier argumentiren, daß sich der Käufer über einen erst gelegentlich der Zusendung bestellter Waare gestellten, eine prorogatio fori bezweckenden Antrag nicht zu äußern brauchte und daß man daher aus seinem Schweigen nicht folgern darf, er sei mit diesem Antrage einverstanden gewesen.

Eine weitere Frage ist nun die, ob und inwieferne der Verkäufer seinerseits an den eine prorogatio fori bezweckenden Facturavermerk gebunden sei. M. E. sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Der Verkäufer klagt bei einem (abgesehen von dem Facturavermerk

Digitized by Google

I. Der §. 5 des B. V. verlangt für die Prorogation des Bagatellverfahrens ein Uebereinkommen der Parteien. Durch

zweifellos zuständigen) Gerichte. Der Käufer erhebt die exceptio fori, indem er sich auf den Facturavermerk beruft und behauptet, aus dem Facturavermerk ergebe sich, daß das in der Factura genannte Gericht als forum exclusivum zuständig sein sollte. M. E. wäre diese exceptio fori auch dann abzuweisen, wenn die Stylisirung des Facturavermerks keinen Zweifel darüber aufkommen ließe, daß durch denselben die Prorogation des in der Factura genannten Gerichts als forum exclusivum herbeigeführt werden sollte. Die in der Factura proponirte prorogatio fori wäre nur durch eine Annahmeerklärung des Käufers zu Stande gekommen. Diese Annahmeerklärung war in dem Zeitpunkte der Klageerhebung noch nicht geschehen; das bloße Schweigen darf aber weder für noch gegen den Käufer als Annahmeerklärung gedeutet werden. Im Zeitpunkte der Klageerhebung war daher das angerufene (und nicht das in der Factura genannte) Gericht competent. Hieran konnte durch eine erst nach der Klagerhebung abgegebene, insbesondere also nicht durch eine gelegentlich der exceptio fori geschehende Annahmeerklärung nicht geändert werden.

b) Der Käufer klagt bei dem in der Factura genannten Gerichte. Der Facturavermerk war so gefaßt, daß im Sinne desselben auch der Verkäufer bei dem in der Factura genannten Gerichte als forum prorogatum belangt werden könnte. Der Verkäufer erhebt die exceptio fori, indem er behauptet der Käufer habe durch sein Schweigen die beantragte Prorogation abgelehnt und dürfe daher nicht bei dem in der Factura genannten Gerichte als forum prorogatum klagen. Auch diese exceptio fori ist abzuweisen und insoferne ist daher der Verkäufer an seinen Facturavermerk gebunden. Denn das Schweigen des Käufers war eine indifferente Handlung und ist daher auch nicht als Ablehnung zu deuten. Der Käufer konnte daher, weil ihm für die Erklärung der Annahme der proponirten Prorogation eine Frist nicht gesetzt war, diese Erklärung auch erst durch Erhebung der Klage bei dem in der Factura genannten Gerichte rechtswirksam abgeben.

In dem bereits wiederholt erwähnten Slg. XXV Nr. 11634 mitg. Falle stand nicht — wie das Handelsgericht annahm — in Frage, ob durch den nicht beanstandeten Facturavermerk eine prorogatio fori im Sinne des §. 47 J. N. zu Stande gekommen sei, sondern es war streitig, ob statt des ex lege Platz greifenden Verfahrens das Bagatellverfahren einzuleiten, und ob daher das Handelsgericht Prag oder das Bagatellgericht in Handelssachen Prag competent sei. M. a. W. gelegentlich der Entscheidung des exceptio fori wurde zunächst über das Platz greifende Verfahren und damit freilich auch über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts entschieden. In diesem Sinne wird die Frage auch in den Erkenntnissen der beiden oberen Instanzen aufgefaßt.

Digitized by Google

die Nichtbeanstandung eines Prorogationsvermerkes in der Factura kommt nun ein Uebereinkommen nicht zu Stande. Mit Rücksicht auf alles vorbemerkte darf ich mich zur Begründung dieses Satzes auf folgende Bemerkungen beschränken: Sache des Verkäufers, der sich die Vortheile des Bagatellverfahrens für die Geltendmachung einer Kaufpreisforderung zwischen 50 fl. und 500 fl. (ohne Zinsen und Nebengebühren) sichern wollte, war es, ein dahingehendes Uebereinkommen vor der Lieferung der bestellten Waare herbeizuführen und für dessen der Vorschrift des §. 5 des B. V. entsprechende Beurkundung zu sorgen. Hat er dieß unterlassen, so durfte er nicht erst die gelegentlich der Lieferung der bestellten Waare übersandte Factura dazu benützen, eine Prorogation des Bagatellverfahrens herbeizuführen. Der Käufer braucht sich mithin über einen erst in diesem Stadium gestellten, zusätzlichen, die Prorogation des Bagatellverfahrens bezweckenden Antrag nicht zu äußern und er verletzt deshalb auch die bona fides nicht, wenn er den Facturavermerk unbeanstandet läßt, obwohl er mit demselben nicht einverstanden ist. Daraus folgt aber, daß aus dem Schweigen des Käufers keineswegs gefolgert werden darf, er sei mit dem Prorogationsvermerk einverstanden gewesen.[14]) Irrelevant ist es auch in der uns hier interessirenden Beziehung, α) daß der Käufer die Waare behalten bzw. über dieselbe disponirt hat[15]), β) daß der Verkäufer in der Factura bzw. einem Begleitschreiben erklärte, er sehe das Behalten der Waare als ein Zeichen des Einverständnisses des Käufers mit dem Factureninhalt bzw. dem Prorogationsvermerk an[16]), γ) endlich ob der Zusendung der Waare eine Annahme der vom Empfänger gemachten Bestellung vorausgieng, oder ob die Annahme der Bestellung (des Kaufsofferts) erst durch die Zusendung der Waare und Factura erfolgte.[17])

[14]) Vgl. über das Schweigen als concludentes Handeln oben S. 37 fg., über die Gesichtspunkte, aus denen sich eine Rügepflicht bezüglich gewisser Bestandtheile des Factureninhalts allein rechtfertigen läßt, oben S. 45 fg. Vgl. auch oben S. 120 zu Anm. 3.

[15]) Vgl. hiezu das oben S. 120 Anm. 4 bemerkte.

[16]) Vgl. hiezu oben S. 31 fg. Anm. 8.

[17]) Das oben S. 121 Anm. 6 bemerkte findet auch hier sinngemäße Anwendung.

Digitized by Google

Ferner verlangt §. 5 B. V., daß ein früher getroffenes Prorogationsübereinkommen dem Bagatellrichter urkundlich nachgewiesen werde. Wenn nun der Verkäufer in der Klage bloß behauptet, er habe dem Käufer eine den Prorogationsvermerk enthaltende Factura übersendet und dieser habe den Vermerk nicht beanstandet bzw. die Factura anstandslos angenommen, so kann m. E. auf Grund dieser Behauptung im Sinne des §. 5 B. V. das Bagatellverfahren schon darum nicht eingeleitet werden, weil es an einem Nachweise des behaupteten Prorogationsübereinkommens fehlt.[18]) Zudem ist aber die Nichtbeanstandung des Prorogationsvermerkes in der vom Verkäufer ausgestellten Factura unzweifelhaft nicht eine urkundliche Erklärung des Käufers, während man doch nach meinem Dafürhalten nur dann von einem urkundlichen Nachweis eines Uebereinkommens sprechen darf, wenn gerade die Erklärung derjenigen Partei, von welcher behauptet wird, sie habe sich in diesem Uebereinkommen einer bestimmten Rechtsfolge unterworfen, urkundlich nachgewiesen ist.[19])

[18]) Vgl. hiezu Motive zu §. 5 des B. V. (Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien VIII S. 49): „. . . . es kann daher zur Einleitung des Bagatellverfahrens nicht schon die einfache Angabe des Klägers über ein hierauf getroffenes Uebereinkommen genügen, sondern es muß ein solches Uebereinkommen urkundlich nachgewiesen sein." — Vgl. auch §. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Mai 1874 R. G. Bl. Nr. 169 und dazu die Bemerkungen der Motive, Kaserer a. a. O. XIX S. 19 fg., sowie §. 16 A. G. O. — Das im Texte bemerkte gilt natürlich auch dann, wenn der Verkäufer — wie dieß ja sehr häufig geschieht — seiner Klage eine den Prorogationsvermerk enthaltende Copie der in Händen des Käufers befindlichen Originalfactura beischließt.

[19]) Eine urkundliche Erklärung derjenigen Partei, die aus einem behaupteten Uebereinkommen ein Recht ableitet, ist doch nicht ein urkundlicher Nachweis des behaupteten Uebereinkommens. Sonst müßte auch eine urkundliche Erklärung des Darlehnsgläubigers zur Erbringung des urkundlichen Nachweises des behaupteten Darlehnsvertrages genügen. (Aus der unbeanstandeten Entgegennahme dieser urkundlichen Erklärung des Darlehnsgläubigers wird vielleicht unter Umständen zu folgern sein der in dieser Urkunde behauptete Vertragsinhalt sei lex contractus geworden; insoferne aber das Einverständnis des Schuldners nicht ebenfalls urkundlich nachgewiesen ist, ist der behauptete Darlehnsvertrag eben nicht urkundlich, sondern in anderer Weise, z. B. also durch Zeugen oder

Digitized by Google

Schließlich sei noch Folgendes hervorgehoben: Die Motive zum §. 5 des B. B. lassen keinen Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber für die in diesem §. normirte Prorogation des Bagatellverfahrens „analoge Vorsichten" eintreten lassen wollte, wie bei dem Schiedsvertrage.[20]) Der §. 270 A. G. O. (§. 359 W. G. O.) verlangt aber für das compromissum schriftliche Form, also da der Schiedsvertrag ein beide Paciscenten verpflichtendes Uebereinkommen ist, schriftliche Erklärungen beider Parteien.[21]) Ich bin daher der Meinung, daß das

Haupteid — über die unbeanstandete Annahme der Urkunde durch den Schuldner — nachgewiesen.)

[20]) Vgl. Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien VIII S. 49. In den Motiven heißt es: „Die Inappellabilität des Verfahrens macht es — räthlich, analoge Vorsichten eintreten zu lassen, wie bei dem Schiedsvertrage; es ist ferner zu erwägen, daß unter Umständen mit der Unterwerfung unter das Bagatellverfahren auch eine nicht bloß örtliche, sondern auch qualitative Veränderung des Gerichtsstandes eintritt."

[21]) Vgl. O. H. G. Gellers Centralblatt 1884 Nr. 459 S. 731; vgl. ferner den Slg. XXIII Nr. 10573 mitg. Fall. — Die processrechtliche Vorschrift des §. 270 A. G. O. (§. 359 W. G. O.) ist durch Art. 317 H. G. nicht aufgehoben. (Auch das a. b. G. B. verweist im §. 1391 bezüglich des compromissum auf die Gerichtsordnung, also auf das Proceßrecht; vgl. aber Ullmann, Civilproceßrecht S. 215 Anm. 6, wo es heißt, schriftliche Form sei für das compromissum, „vielleicht" nicht bei Handelsgeschäften arg. Art. 317 H. G. erforderlich.) Anders liegt die Sache, wie beiläufig bemerkt sein mag, nach preußischem Recht. Nach preußischem Recht gilt für Schiedsverträge lediglich die allgemeine Bestimmung des A. L. R. I 5 §. 131, zufolge welcher ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Thaler belänft, schriftlich errichtet werden muß. Dieser Vorschrift ist nun allerdings überhaupt und daher auch für Schiedsrichterverträge durch Art. 317 H. G. derogirt worden. Vgl. R. O. H. G. XVII Nr. 65 S. 249, XXIII Nr. 85 S. 259 fg. — Für die im Texte besprochene Frage ist es übrigens gleichgiltig, ob man annimmt, §. 270 A. G. O. (§. 359 W. G. O.) sei durch Art. 317 H. G. aufgehoben oder der abweichenden richtigen Meinung ist. Denn daß die Verfasser der Motive zum B. B. den Schiedsvertrag nicht als einen formlos giltigen Vertrag auffaßten, wird durch die in der vorigen Anmerkung mitgetheilten Aeußerungen aus den Motiven außer jeden Zweifel gestellt.

Wer der Ansicht ist, §. 270 A. G. O. (§. 359 W. G. O.) sei durch Art. 317 H. G. aufgehoben, wird vielleicht die Frage aufwerfen, ob ein Schiedsgericht dadurch zur Entscheidung der Streitsache competent geworden sei, daß in der Factura ein Vermerk enthalten war, in dem es hieß, dieses Schiedsgericht solle zur Entscheidung etwaiger Rechtsstreitigkeiten zwischen

Digitized by Google

Bagatellverfahren auf Grund eines im Sinne des §. 5 B. V. wirksamen, früher getroffenen Prorogationsübereinkommens nur dann einzuleiten ist, wenn dieses Uebereinkommen dem Bagatellrichter durch urkundliche Erklärungen beider Parteien nachgewiesen ist. Hieraus folgt aber, daß auf Grund des Prorogationsvermerks in der Factura nicht einmal der Käufer Einleitung des Bagatellverfahrens nach §. 5 B. V. zu verlangen in der Lage ist.[22]) Denn der Käufer, der die Factura des Verkäufers producirt, weist zwar eine die Prorogation des Bagatellverfahrens betreffende urkundliche Erklärung des Verkäufers nach. Damit ist aber noch nicht nachgewiesen, daß diese urkundliche Erklärung des Verkäufers von seiner (des Käufers) Seite dem Verkäufer gegenüber in urkundlicher Form angenommen wurde. Selbst wenn der Käufer die Factura unterschrieben hätte, wäre damit noch keineswegs nachgewiesen, daß der Prorogationsvermerk in der Factura dem Verkäufer gegenüber in urkundlicher Form angenommen worden sei, daß also durch zwei inter partes abgegebene Erklärungen ein Prorogationsübereinkommen zu Stande gekommen

den Parteien competent sein und der Käufer diesen Vermerk nicht beanstandet hat. Mit Rücksicht auf das im Texte über Prorogationsvermerke in Facturen bemerkte (vgl. insb. oben S. 125 fg.) ist diese Frage natürlich zu verneinen.

[22]) Die Gründe, die dagegen sprechen, auf Grund des Thatbestandes, daß in der dem Käufer gelegentlich der Lieferung bestellter Waare übermittelten Factura ein Prorogationsvermerk enthalten war und dieser vom Käufer nicht beanstandet worden ist, das Bagatellverfahren nach §. 5 der B. V. einzuleiten, sind also kurz zusammengefaßt folgende:

a) Auf Grund dieses Thatbestandes läßt sich nicht behaupten, es sei überhaupt ein Prorogationsübereinkommen zwischen den Parteien zu Stande gekommen.

b) Der Verkäufer, welcher bloß behauptet, die von ihm übersendete Factura habe den Prorogationsvermerk enthalten und Käufer habe diesen Vermerk nicht beanstandet, hat damit ein Prorogationsübereinkommen nicht nachgewiesen.

c) Die Factura enthält unzweifelhaft nicht eine urkundliche Erklärung des Käufers, von dem Verkäufer behauptet, er habe sich dem Prorogationsvermerk unterworfen.

d) Es fehlt der durch §. 5 B. V. geforderte Nachweis beiderseitiger urkundlicher Erklärungen der Paciscenten.

Digitized by Google

sei.[23]) Es geht daher nicht an, mit R. Nowak (Allg. österr. Gerichtszeitung 1890 S. 66 Spalte 2 unten und S. 67) und dem oben erwähnten Gutachten des Obersten Gerichtshofes vom 11. November 1890 (Verordnungsblatt des Justizministeriums 1890 S. 220 Abs. 3 v. o.) darin, daß der Käufer auf Grund des Prorogationsvermerks in der Factura Einleitung des Bagatellverfahrens gegen den Verkäufer verlangen könnte, ein Argument zu erblicken, welches dafür spricht, daß auch der Verkäufer auf Grund des Prorogationsvermerks in der anstandslos angenommenen Factura gegen den Käufer Einleitung des Bagatellverfahrens solle fordern dürfen.[24])

[23]) Man beachte, daß die Factura bestimmt ist, in der Hand des Käufers zu bleiben und daß daher deren bloße Fertigung seitens des Käufers (und Adressaten der Urkunde) das Zustandekommen eines Vertrages nicht beweisen kann. Dazu kommt noch, daß der Käufer, welcher die Factura producirt, eine Handlung setzt, die bis auf weiteres zu der Annahme zwingt, der Adressat habe die Factura während der ganzen Zeit von dem Empfang an bis zu deren Verwendung im Processe in seiner Gewahrsame behalten. Die Richtigkeit dieser Argumentation dürfte durch folgendes Beispiel außer Zweifel gestellt werden: Man nehme an, A habe dem B in einem Briefe den Antrag gestellt, er (B) möge ihm das Bild X um den Preis von 500 fl. abnehmen. Wenn nun B ex empto auf Lieferung des Bildes klagt, so würde es zur Fundirung seiner Behauptung, er habe das Bild X von A gekauft, offenbar nicht genügen, wenn er den von ihm mitgefertigten Offertbrief (welcher ja, wie sich aus dessen Inhalt ergibt, in der Hand des B zu bleiben bestimmt war) vorlegen würde; B wird vielmehr darthun müssen, er habe das Offert des A diesem gegenüber acceptirt; er wird ihm also z. B. einen Haupteid darüber auftragen, daß ihm (dem A) ein Brief, in welchem B sein (des A) Offert angenommen hat, nicht zugekommen sei.

[24]) Nach meinem Dafürhalten würde übrigens, selbst wenn es richtig wäre, daß der Käufer auf Grund des Factumvermerks Einleitung des Bagatellverfahrens gegen den Verkäufer fordern könnte, daraus noch immer nicht folgen, daß auch umgekehrt der Verkäufer gegen den Käufer auf Grund des Prorogationsvermerks in der Factura Einleitung des Bagatellverfahrens zu fordern berechtigt wäre. Der Verkäufer dürfte sich vielmehr, da er ja den Prorogationsvermerk erst in die Factura aufgenommen hat, über eine etwaige im Verhältnisse zum Käufer ungleiche Behandlung mit Recht nicht beschweren. Er mußte, wollte er sich die Vortheile des Bagatellverfahrens auch für den Fall einer von ihm zu erhebenden Klage sichern, für eine rechtzeitige Prorogation des Bagatellverfahrens sorgen. Ein Fall, in dem sich nach meiner Auffassung der Verkäufer durch einen Proro-

Digitized by Google

II. Während §. 5 B. V. verlangt, es müsse ein etwaiges früheres Prorogationsübereinkommen dem Bagatellrichter urkundlich nachgewiesen werden, soll nach §. 6 B. V. in gewissen Fällen „die Annahme des zur Beurkundung des Rechtsgeschäftes ausgefertigten Documents, — — in welchem für den Streitfall die Unterwerfung unter das Bagatellverfahren erklärt wird", eine ausreichende Grundlage für die Einleitung des Bagatellverfahrens bilden. In den Schlußworten des §. 5 und im §. 6 ist daher die gleiche Wirkung an zwei verschieden gestaltete Thatbestände geknüpft. Die Worte des §. 6 „Als ein vorgängiges Uebereinkommen im Sinne des §. 5" besagen also nicht, daß in den Fällen des §. 6 ein im Sinne des §. 5 zu Stande gekommenes, sondern daß in diesen Fällen ein im Sinne des §. 5 wirkendes Uebereinkommen vorliege.[25]) M. a. W. §. 6 enthält, was die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit betrifft, im Verhältniß zu §. 5 eine selbständig zu beurtheilende Specialbestimmung, die eben darum auch bei der Erörterung der Frage, welche Voraussetzungen für die Einleitung des Bagatellverfahrens nach §. 5 vorliegen müssen, außer Betracht zu bleiben hat. Ich kann daher R. Nowak nicht zustimmen, wenn er a. a. O. S. 66 (2. Spalte) meint, die Norm des §. 6 müsse „als eine vom Gesetzgeber selber gegebene Erklärung dessen angenommen werden — — wann das im §. 5 erwähnte ‚früher getroffene Uebereinkommen' als urkundlich dem Richter nachgewiesen zu gelten habe"[26]) und habe

gationsvermerk anderen Inhalts in der Factura eventuell einer im Verhältnisse zum Käufer ungleichen Behandlung ausgesetzt hat, ist oben S. 125 Anm. 13 zu b besprochen.

[25]) Auch die Fassung der den §. 6 einleitenden Worte „Als ein vorgängiges Uebereinkommen im Sinne des §. 5 gilt" deutet an, daß die Schlußworte des §. 5 und des §. 6 nicht zwei gleich geartete, sondern zwei gleich wirkende Thatbestände betreffen.

[26]) In derselben Weise wie Nowak beurtheilt auch das bereits wiederholt citirte Gutachten des Obersten Gerichtshofes vom 11. Nov. 1890 Verordnungsblatt des Justizministeriums 1890 S. 219 Abs. 6 v. o. das Verhältniß der Bestimmungen der §§. 5 und 6 B. V. — In den Motiven zum Gesetze über das Bagatellverfahren Kaserer, Oesterr. Gesetze mit Materialien VIII S. 50 heißt es „Für die Bestimmung des §. 6 war aber die Erwägung maßgebend,

Digitized by Google

eben, weil ich dieser Auffassung Nowaks über das Verhältniß der Bestimmungen der §§. 5 und 6 B. V. nicht beipflichte, bei der früher versuchten Darstellung des Inhalts des §. 5 B. V. von der Norm des §. 6 gänzlich abgesehen.[26a])

Mit Rücksicht auf alles vorbemerkte haben wir uns, um in der Controverse, mit welcher wir uns beschäftigen, zu einem definitiven Ergebniß zu gelangen, nur noch zu fragen, ob die Factura zu jenen Urkunden gehört, deren Annahme im Sinne des §. 6 B. V. eventuell eine Prorogation des Bagatellverfahrens bewirkt. Ich habe bereits oben S. 124 bemerkt, daß ich diese

---

daß sich das Bagatellverfahren vielleicht ganz vorzugsweise für Ansprüche aus dem Transportgeschäfte eigne, daß aber andererseits nach der Natur dieses Geschäftes der abgesonderte Abschluß eines ausdrücklichen Uebereinkommens zwischen den Parteien in den seltensten Fällen stattfinden könnte." Das heißt doch klar und deutlich, daß der Gesetzgeber im §. 6 andere Voraussetzungen für die Einleitung des Bagatellverfahrens normirt haben wollte, als im §. 5 und es geht daher nicht an, zu argumentiren, „Weil in gewissen Fällen die Voraussetzungen des §. 5 nicht vorzuliegen brauchen, brauchen diese Voraussetzungen auch in jenen Fällen nicht vorhanden zu sein, die nicht unter §. 6 fallen, also nur nach §. 5 zu beurtheilen sind."

[26a]) §. 6 B. V. normirt die Frage, ob und wie der die Zuständigkeit des Bagatellverfahrens begründende Thatbestand nachzuweisen sei, überhaupt nicht und schreibt insbesondere nicht — wie §. 5 B. V. — urkundlichen Nachweis dieses Thatbestandes vor. Daraus darf natürlich nicht geschlossen werden, daß dieser Thatbestand überhaupt nicht nachgewiesen zu werden brauche. Wohl aber ist hieraus zu schließen, daß es für die Einleitung des Bagatellverfahrens nach §. 6 B. V. ausreicht, wenn Kläger einen die Zuständigkeit des Bagatellverfahrens im Sinne dieses §. begründenden Thatbestand in der Klage bloß behauptet. Das Bagatellverfahren wird also z. B. einzuleiten sein, wenn Kläger in der Klage bloß behauptet, der dem Beklagten übermittelte Frachtbrief habe einen Prorogationsvermerk enthalten und Beklagter habe diesen Frachtbrief angenommen, d. h. ohne Widerspruch gegen den Vermerk entgegengenommen. Dem Beklagten müßte es sodann überlassen bleiben, einzuwenden, eines oder mehrere der Momente, welche den im §. 6 B. V. vorausgesetzten Thatbestand bilden, habe gefehlt und unter Berufung hierauf Einstellung des Bagatellverfahrens zu verlangen. Sache des Klägers wäre es aber dann, erforderlichenfalls den im Sinne des §. 6 B. V. die Zuständigkeit des Bagatellverfahrens begründenden Thatbestand (z. B. also daß der Frachtbrief den Prorogationsvermerk enthalten, daß der Frachtbrief widerspruchslos vom Beklagten angenommen wurde) zu beweisen. Vgl. auch unten S. 144 fg. Anm. 8 und 9.

Digitized by Google

Frage verneine und es obliegt mir nunmehr diese Auffassung zu begründen.

In Folge des in den Text des §. 6 aufgenommenen Wortes „insbesondere" ist es unzulässig, die im §. 6 gegebene Aufzählung von Urkunden als eine taxative aufzufassen.[27]) Die Factura wäre also allerdings zu den unter §. 6 fallenden Urkunden hinzuzuzählen, wenn sie ein zur Beurkundung eines Rechtsgeschäftes ausgefertigtes Document wäre, wenn sie also jene Merkmale an sich trüge, deren Vorhandensein der Gesetzgeber bei allen unter die Bestimmung des §. 6 fallenden Urkunden voraussetzt. Nun ist aber die Factura nicht ein zur Beurkundung des Kaufvertrages ausgefertigtes Document, sondern eine Urkunde, welche gelegentlich der Vornahme einer Erfüllungshandlung (der Lieferung bestellter Waare) dem Käufer übermittelt wird. Wenn der A dem B schreibt, „Du hast bei mir 100 Centner bestellt. Ich sende Dir mitfolgend diese 100 Centner, für welche Du 7 fl. pro Centner und 10 fl. an Transportkosten zu zahlen hast", so ist ein solcher Brief, der mit mehr Worten das sagt, was in einer Factura kürzer aus-

---

[27]) Vgl. Nowak a. a. O S. 67 Spalte 1 Z. 25 fg. v. u. Anderer Ansicht O. L. G. Prag in dem oben S. 122 fg. Anm. 10 erwähnten Erkenntniß Slg. XXV Nr. 11634; in der ebenda mitg. Entscheidung des O. G. H. heißt es dagegen, die Bestimmung des §. 6 habe die daselbst ausdrücklich bezeichneten Klagen „wohl insbesondere, nicht aber ausschließlich vor Augen". — Die Buchstaben „u. s. w." nach „Frachtbrief, Anweisung, Verpflichtungsschein" beweisen m. E. nicht, daß die Aufzählung im §. 6 eine lediglich demonstrative war, weil sich dieselbe auch nur auf die übrigen Urkunden der Artt. 301 und 302 H. G. beziehen könnten; anders das Gutachten des Obersten Gerichtshofes vom 11. Nov. 1890 a. a. O. S. 219 unten. — Die Motive zu §. 6 (vgl. oben Anm. 26) sind sonderbarer Weise so gefaßt, als ob sich dieser §. nur auf Transportgeschäfte beziehen würde, während der §. 6 doch die Urkunden der Artt. 301 und 302 neben diesen speciell nennt. (Vgl. auch hiezu Nowak a. a. O. S. 67 Spalte 1.) In der Regierungsvorlage hieß es im §. 6 „insbesondere bei Klagen aus dem Transportgeschäfte über Personen und Sachen" und war nach dem Wort „Frachtbrief" das Wort „Fahrkarte" eingeschaltet. Der Ausschuß des Abgeordnetenhauses beschloß aber die gegenwärtige Stylisirung des §. 6, weil „kein besonderes Interesse des Publikums in Ansehung des Personentransportes für Benützung des Bagatellverfahrens vorausgesetzt werden kann". (Vgl. den Ausschußbericht bei Kaserer a. a. O. S. 89.)

Digitized by Google

gedrückt würde, doch kein zur Beurkundung des Kaufvertrages ausgefertigtes Document. Wir haben denn auch gesehen, daß der vom Käufer und Adressaten der Factura nicht beanstandete Inhalt derselben keineswegs als lex contractus anzusehen ist, sondern daß den einzelnen Bestandtheilen des rechtsgeschäftlichen Factureninhalts je nach deren Natur für das obligatorische Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer eine durchaus verschiedene Bedeutung zukommt.[28])

[28]) Vgl. die der Darlegung dieses Satzes gewidmeten §§. 5—7 der vorliegenden Abhandlung, ferner oben S. 12 Anm. 1 a.

Die im §. 6 B. V. exemplicativ erwähnten Papiere sind der Frachtbrief und die Papiere der Artt. 301 und 302 H. G. Die Factura steht unzweifelhaft dem Frachtbrief näher als den in den Artt. 301 und 302 H. G. bezeichneten, unter den in diesen Artikeln angegebenen Voraussetzungen indossablen Werthpapieren (vgl. die Definition der Werthpapiere bei Brunner, Endemanns H. B. II. §. 191). Vergleichen wir nun den Frachtbrief mit der Factura, so gelangen wir zu folgenden Ergebnissen: Im Gegensatze zur Factura wird der Frachtbrief normaler Weise gelegentlich der Abschließung des Frachtvertrages übergeben. Im Gegensatze zur Factura wird der Frachtbrief normaler Weise (sowohl vom Absender dem Frachtführer, wie von diesem dem Empfänger des Frachtgutes) von Hand zu Hand übergeben. Während das Handelsgesetzbuch von der Factura nicht spricht und wir daher die Antwort auf die Frage, ob und in welchem Sinne die Factura als Beweismittel für den Kaufvertrag angesehen werden kann, durch sorgsame Beachtung der Verkehrsfunction der Factura gewinnen mußten, sagt das Handelsgesetzbuch im Art. 391 Abs. 1 vom Frachtbrief, derselbe diene „als Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender". Die Factura hat, was deren obligatorische Bedeutung betrifft, lediglich Einfluß auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer; ein wesentlicher Zweck des Frachtbriefes ist es dagegen auch, im Verhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger des Frachtgutes wirksam zu sein; von dem Frachtbrief sagt — um nur eines hervorzuheben — Art. 406 H. G. „Durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten." Mit Rücksicht auf diese Eigenthümlichkeiten des Frachtbriefes durfte daher der Gesetzgeber im §. 5 B. V. davon ausgehen, daß durch die Annahme des Frachtbriefes, wie dessen gesammter übriger Inhalt, so auch eine etwaige Prorogationsclausel als lex contractus anerkannt worden sei. Ist man aber der Ansicht, daß auch die Factura zu den Urkunden gehört, auf die sich §. 6 B. V. bezieht, so gelangt man im Sinne des in den §§. 5—7 der vorliegenden Abhandlung Ausgeführten zu dem sonderbaren Resultate, daß von dem gesammten, möglicherweise außerordentlich mannigfaltigen rechts-

Digitized by Google

Gehört aber die Factura nicht zu den Urkunden, auf die sich §. 6 B. V. bezieht, so folgt daraus natürlich auch, daß es nicht nur dem Verkäufer, sondern ebenso dem Käufer verwehrt ist, unter Berufung auf einen Prorogationsvermerk in der Factura im Sinne des §. 6 B. V. Einleitung des Bagatellverfahrens zu verlangen. Gegen die im vorstehenden gegebene Interpretation des §. 6 B. V. dürfte daher gewiß nicht das Bedenken geltend gemacht werden, daß durch dieselbe der Käufer günstiger gestellt wird als der Verkäufer.[29])

C. Wir sind zu dem Ergebniß gelangt, daß die Nichtbeanstandung des in einer gelegentlich der Lieferung bestellter Waare dem Käufer übermittelten Factura enthaltenen Pro-

---

geschäftlichen Factureninhalt gerade nur die Clausel, in welcher „für den Streitfall die Unterwerfung unter das Bagatellverfahren erklärt wird", durch die bloße Annahme der Factura lex contractus wird.

Nowak a. a. O. S. 66 Spalte 1, sowie das Gutachten des Obersten Gerichtshofes vom 11. Nov. 1890 a. a. O. S. 220 Absatz 4 v. o. machen zu Gunsten der Ansicht, daß die Annahme der den Prorogationsvermerk enthaltenden Factura eine Prorogation des Bagatellverfahrens herbeiführe, geltend, daß die anstandslose Annahme einer Factura, in welcher ein Zahlungsort angegeben ist, die Competenz des Gerichtes des facturirten Zahlungsortes als forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. begründe. Nach meinem Dafürhalten sind die beiden eben erwähnten Fälle doch wesentlich von einander verschieden und ich glaube daher, daß man selbst vom Standpunkte der im vorigen §. besprochenen Auffassung unserer Praxis, nach welcher durch die Nichtbeanstandung des einen Zahlungsort angebenden Facturavermerks das forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. begründet wird, durchaus nicht anzunehmen braucht, daß die anstandslose Annahme der den Prorogationsvermerk enthaltenden Factura eine Prorogation des Bagatellverfahrens herbeiführe. Denn wir haben ja gehört, daß §. 5 B. V. zwei urkundliche ein Prorogationsübereinkommen bildende Erklärungen fordert, während §. 43 J. N. nur eine ausdrückliche Bestimmung des Zahlungsortes im Vertrage voraussetzt. Ueber die Specialbestimmung des §. 6 B. V. wurde aber soeben ausgeführt, daß es behufs Beantwortung der Frage, ob im Sinne derselben die anstandslose Annahme der den Prorogationsvermerk enthaltenden Factura, ein Prorogationsübereinkommen herbeiführe, einfach darauf ankommt, festzustellen, ob die Factura als ein den Kaufvertrag beurkundendes Document angesehen werden darf.

[29]) Vgl. hiezu oben S. 129 und Anm. 24 ebenda.

Digitized by Google

rogationsvermerks weder im Sinne des §. 5 noch im Sinne des §. 6 B. V. eine Prorogation des Bagatellverfahrens herbeiführt. Ist man der Ansicht, daß dieses Ergebniß einem dringenden praktischen Bedürfniß widerstreitet[30]), so wird man die Frage aufwerfen müssen, in welcher Weise diesem Bedürfniß durch eine besondere gesetzliche Bestimmung Rechnung getragen werden könnte.[31])

Der scheinbar nächstliegende Weg wäre wohl der, in das Gesetz über das Bagatellverfahren etwa folgende Bestimmung aufzunehmen: „Als ein vorgängiges Uebereinkommen im Sinne des §. 5 gilt ferner für Klagen auf Zahlung des Preises für gelieferte Waaren aus Kauf- und Commissionsgeschäften, die Annahme der Factura, in welcher für den Streitfall die Unterwerfung unter das Bagatellverfahren erklärt wird."

Nach meinem Dafürhalten spräche gegen eine derartige gesetzliche Bestimmung ein doppeltes Bedenken: a) Durch dieselbe würde einmal die Frage, in welchem Verfahren ein bestimmter Anspruch durchgeführt werden soll, dem praktischen Ergebniß nach in die erst gelegentlich der Lieferung zu übende Wahl eines der Contrahenten gestellt. Man wende nicht ein, daß es ja dem Käufer freistehe, gegen den ihm nicht genehmen Prorogationsvermerk zu protestiren; denn trotz dieser Möglichkeit wäre die Situation der beiden Parteien in der uns hier interessirenden Beziehung keineswegs eine gleiche. Der Verkäufer, der sich ein für alle mal entschlossen hat, seine Processe bis zum Betrage von 500 fl. im Bagatellverfahren durchzuführen, wird alle seine Facturen mit einem gleichlautenden Prorogationsvermerk versehen. Ein Käufer aber, der die ihm zugemuthete Prorogation eines ihm nicht genehmen Ver-

[30]) Vgl. die oben S. 123 Anm. 10 erwähnte Interpellation der Herren Abgeordneten Neuber und Genossen.

[31]) Ueber die Frage, ob es zweckmäßig ist, Klagen auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waaren und verwandte Ansprüche bezüglich der Zulässigkeit des Bagatellverfahrens zu privilegiren, kann man sehr getheilter Meinung sein. Ich enthalte mich über diesen Punkt jeder Meinungsäußerung und beschränke mich im Folgenden auf ein Paar Bemerkungen darüber, wie einem in dieser Beziehung etwa vorhandenen Bedürfniß in Form einer Novelle zum Gesetze über das Bagatellverfahren abzuhelfen wäre.

Digitized by Google

fahrens abzulehnen wünscht, muß dieß sofort in einem eigenen Briefe thun und befürchten, hiedurch das Vertrauen des anderen Contrahenten in seine Zahlungswilligkeit und vielleicht auch in seine Solvenz zu erschüttern. Auch ein Käufer, der alle die gedruckten Vermerke auf der Factura sofort auf das sorgfältigste prüft und die möglichen Folgen seines Schweigens — vielleicht unter Zuziehung eines Anwaltes — umsichtig erwägt, wird sich also regelmäßig vor die Alternative gestellt sehen, sich entweder dem ihm vielleicht nicht genehmen Bagatellverfahren zu unterwerfen oder aber das Mißtrauen seines Verkäufers, mit dem er in Eintracht sich auseinander zu setzen wünscht, wachzurufen. Kann man unter diesen Umständen noch sagen, ein solcher Käufer habe sich dem beantragten Prorogationsübereinkommen durch sein Schweigen freiwillig unterworfen? b) Durch eine solche gesetzliche Bestimmung würde aber auch der — nach allem vorbemerkten unrichtigen und in ihren praktischen Consequenzen recht bedenklichen — Ansicht Vorschub geleistet, daß der gesammte Factureninhalt durch das Schweigen des Käufers lex contractus geworden sei.[82])

Mit Rücksicht auf das eben Ausgeführte meine ich daher, daß insoferne man überhaupt Klagen auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waare und verwandte Ansprüche bezüglich der Zuläßigkeit des Bagatellverfahrens zu privilegiren wünscht, dieß durch eine Bestimmung zu geschehen hätte, welche etwa folgendermaßen lauten würde: „Im Bagatellverfahren zu verhandeln sind: Klagen auf Zahlung des Preises für gelieferte Waaren aus Käufen und Commissionsgeschäften, insoferne das

[82]) Der Richter, den das Gesetz zwingt, anzunehmen, es sei durch die Nichtbeanstandung des Prorogationsvermerks in der Factura ein Prorogationsübereinkommen, also ein Vertrag zu Stande gekommen, wird hiedurch leicht zu der Auffassung veranlaßt werden, daß z. B. auch der in der Factura angesetzte Preis durch das Schweigen des Käufers als vertragsmäßig anerkannt worden sei und daß daher ein vom Käufer angebotener Beweis über eine abweichende vorherige Preisvereinbarung nicht zuzulassen sei. Nicht beanstandete Facturavermerke, die etwaige Reclamationen gegen Quantität und Qualität der gelieferten Waare zeitlich beschränken, werden vielleicht auf Grund derselben Argumentation vom Richter als den Käufer verpflichtend angesehen werden.

Digitized by Google

Klagebegehren ohne Hinzurechnung der Zinsen und anderen Nebengebühren den Betrag von 500 fl. nicht übersteigt.“ [33]) Daß gegen eine derartige Ausdehnung eines inappellablen Verfahrens von der Structur unseres gegenwärtigen Bagatellverfahrens schwere proceßtechnische Bedenken sprechen, verkenne ich nicht.[34]) Allein ich glaube, daß selbst ein Rechtssatz des eben erwähnten Inhalts zweckmäßiger wäre, als eine Norm, die wie die früher besprochene Bestimmung es der erst gelegentlich der Lieferung bestellter Waare zu übenden Wahl des Verkäufers anheimgibt, das Verfahren zu bestimmen, in welchem die Ansprüche der Parteien im Streitfalle zu verhandeln sind.

[33]) Diese Bestimmung wäre etwa zu Ziffer 3 in den §. 1 des Gesetzes über das Bagatellverfahren einzuschalten. Im §. 5 müßte es dann etwa heißen: Ansprüche bis zu dem Betrage von 500 fl. können, abgesehen von dem im §. 1 Z. 3 erwähnten Falle, auf Grund eines Uebereinkommens der Parteien ꝛc.“ — Zu erwägen wäre dann auch noch, ob die erwähnte Aenderung des Bagatellverfahrens ohne weiteres oder aber nur dann, wenn der Verkäufer Kaufmann ist bzw. wenn der Käufer Kaufmann ist, bzw. wenn beide Parteien Kaufleute sind, Platz zu greifen hätte.

[34]) Vgl. hiezu neuestens Klein, Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich S. 87 fg.

Digitized by Google

§. 9.

Wir beschäftigen uns im Folgenden mit der Frage, ob der Verkäufer unter Berufung auf unbeanstandet gebliebene Facturavermerke darzuthun vermag, wie und wann er geliefert hat.[1])

1. Ein unbeanstandet gebliebener Facturavermerk beweist grundsätzlich keineswegs, daß die Lieferung das facturirte Quantum und nicht weniger enthalten hat. Das Gegentheil ist weder durch Art. 347 H. G. noch durch eine sonstige gesetzliche Bestimmung verfügt und darum hat der den Kaufpreis fordernde Verkäufer trotz der Nichtbeanstandung des betreffenden Facturavermerks zu beweisen, daß die Lieferung das facturirte Quantum enthalten habe.[2]) Allein die Verhältnisse des concreten Falles können das Urtheil rechtfertigen, der Käufer habe dadurch, daß er schwieg, obwohl er sehen mußte, die Lieferung enthalte das facturirte Quantum nicht, die bona fides verletzt. Mit Rücksicht auf ein solches die bona fides verletzendes Verhalten wird dann allerdings eine Verschiebung der Beweislast zum Nachtheile des Käufers eintreten und er also ge-

[1]) In der bisherigen Darstellung (§§. 4—8) wurde ausschließlich der rechtsgeschäftliche Factureninhalt — vgl. oben S. 18 und Anm. 2 ebenda — in Betracht gezogen. Im Folgenden (§. 9) bespreche ich die wichtigsten Arten von Facturavermerken, die lediglich thatsächliche Angaben enthalten, sonstige Facturavermerke aber nur, insoferne sie thatsächliche (also nicht rechtsgeschäftliche) Bedeutung haben.

[2]) Dieß wird richtig ausgeführt vom K. G. Berlin, Buschs Archiv III S. 236 fg. — Anderer Ansicht, aber unter Behauptung einer handelsgewohnheitsrechtlichen Rügepflicht des Käufers bezüglich des Factureninhalts H. A. G. Nürnberg, Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 531 fg. und ebenda XXIV S. 283 fg. Vgl. hiezu oben S. 33 fg. und Anm. 11 ebenda.

Digitized by Google

nöthigt sein, seine Behauptung, die Lieferung enthalte das facturirte Quantum nicht, zu beweisen.[3])

2. Einen Qualitätsmangel der gelieferten Waare ist der Käufer bei einem Distanzgeschäfte nur dann geltend zu machen in der Lage, wenn er der im Art. 347 H.G. normirten Anzeigepflicht genügt hat. Hat der Käufer den behaupteten Qualitätsmangel im Sinne dieses Artikels rechtswirksam angezeigt, so ist damit dem Interesse des Verkäufers in ausreichendster Weise Rechnung getragen und für die Annahme einer mit der Anzeigepflicht des Art. 347 parallell laufenden Rügepflicht des Käufers bezüglich des Factureninhalts fehlt es daher an jedem Anhaltspunkte. Hieraus folgt aber, daß der den Kaufpreis einklagende Verkäufer, insoferne er in Folge einer rechtswirksamen Mängelanzeige des Käufers überhaupt genöthigt ist, die Empfangbarkeit der gelieferten Waare zu beweisen[4]), diesen Beweis niemals unter Berufung auf einen unbeanstandet gebliebenen Vermerk zu erbringen bzw. von sich abzuwälzen vermag.[5])

---

[3]) Vgl. hiezu die treffende Ausführung des R. O. H. G. XV Nr. 86 S. 304 fg.; vgl. auch die zwar meritorisch richtige, aber nicht ganz zutreffend begründete Entscheidung des R. O. H G. I Nr. 35 S. 125 fg., sowie Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 261 fg.

[4]) Vgl. hiezu Hanausek a. a. O. II §§. 44 fg.

[5]) Bei Platzgeschäften ist der Käufer zur ungesäumten Anzeige von an der Waare wahrgenommenen Mängeln verpflichtet. (Vgl. Hanausek a. a. O. II S. 83 fg.) Das im Texte bemerkte hat daher auch für Platzgeschäfte sinngemäße Anwendung zu finden. — Der Einkaufscommittent ist in gewissen Fällen zur Beobachtung der für das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer geltenden Bestimmungen verpflichtet. (Vgl. Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 491 fg., Hanausek a. a. O. I S. 201 fg., v. Hahn, Goldschmidts Z. Schr. XXIX S. 1 fg., Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs S. 183 fg.) Abgesehen von solchen Fällen ist der Einkaufscommittent durch die bona fides verpflichtet, den Einkaufscommissionär von an dem Commissionsgute wahrgenommenen Mängeln zu verständigen und insoferne das Geschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, mit Rücksicht auf die ihm im Sinne des Art. 282 H. G. obliegende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehalten, das Commissionsgut zu untersuchen und von den hiebei wahrgenommenen Mängeln den Commissionär zu verständigen. (Vgl. Grünhut a. a. O. S. 492, Hanausek a. a. O. I S. 204.) Dem berechtigten Interesse des Commissionärs, von etwaigen auf die Beschaffenheit des Commissionsgutes sich be-

Digitized by Google

3. Der Verkäufer gibt in der Factura häufig an, wann und wie er die Waare abgesendet (z. B. also welchem Transporteur er dieselbe übergeben) hat. In beiden Beziehungen macht die unbeanstandet gebliebene Factura m. E. nicht Beweis gegen den Käufer, sondern es ist Sache des die Richtigkeit dieser Angaben behauptenden Verkäufers, diese seine Behauptung auf anderem Wege zu beweisen. Denn dem Verkäufer ist es ja leicht möglich, sich über die Zeit und Art der Uebersendung der Waare ein jeden Zweifel ausschließendes Beweismittel (z. B. ein Empfangsrecepisse oder ein Frachtbriefduplicat der betreffenden Transportanstalt) zu verschaffen und es liegt daher keinerlei Bedürfniß vor, der Factura — einer scriptura propria des Verkäufers — bezüglich derartiger Angaben die Function eines Beweismittels zu Gunsten ihres Ausstellers beizulegen.[6])

ziehenden Ausstellungen des Einkaufscommittenten nicht allzuspät informirt zu werden, ist durch diese Vorschriften ausreichend genügt und ein Bedürfnis nach einer daneben noch eintretenden besonderen Rügepflicht des Committenten bezüglich des Factureninhalts liegt daher nicht vor.

[6]) Eine andere, in diesem Zusammenhange nicht zu erörternde Frage ist die, ob der Käufer, wenn er behauptet, die Lieferung sei eine verspätete oder in einer den Bestimmungen der Artt. 344 und 345 Abs. 1 Satz 2 H. G. widersprechenden Weise ausgeführt worden, zur Wahrung dieser seiner Ansprüche ex bona fide verpflichtet ist, den Verkäufer hievon nicht zu spät zu benachrichtigen. Vgl. hiezu Hanausek a. a. O. I S. 257 fg.

Digitized by Google

§. 10.

Die gesammte bisherige Untersuchung bezog sich ausschließlich auf die gelegentlich der Zusendung bestellter Waare dem Käufer übermittelte Factura. Zum Schlusse ist noch einiges über die gelegentlich der Uebersendung unbestellter Waare übermittelte Factura zu sagen.[1]) Daß die von einer solchen Factura geltenden Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn der Adressat einer Bestellung sich in Folge derselben veranlaßt sieht, an den Besteller ein Offert (Verkaufsoffert, Gegenoffert) unter Zusendung von Waare zu richten, wurde bereits früher wiederholt hervorgehoben.[2])

A. Die gelegentlich der Zusendung unbestellter Waare übermittelte Factura enthält die Bedingungen des dem Oblaten proponirten Kaufvertrages (vgl. oben S. 1).[3]) Nimmt der Oblat ein solches ihm in der Form einer Factura zugehendes

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Ehrlich, Wiener Juristische Blätter 1887 S. 389 fg.

[2]) Vgl. oben S. 77 fg. — Ebenda wurde aber auch ausgeführt, daß die in Folge einer Bestellung geschehende Zusendung einer Waare und Factura im Zweifel auch dann als Ausführung der Bestellung und nicht als ein unter Zusendung unbestellter Waare an den Empfänger derselben gerichtetes Offert aufzufassen ist, wenn die Factura Bestimmungen enthält, die der Bestellung bzw. einer gesetzlichen Dispositionsvorschrift nicht entsprechen oder den Empfänger (Besteller) sonst mit Unrecht belasten.

[3]) Ich setze im Folgenden der Einfachheit wegen voraus, daß dem Empfänger der Sendung nicht neben der Factura noch ein eigenes Schreiben des Offerenten zugekommen ist. Hat der Offerent dem Oblaten auch ein derartiges Schreiben zugehen lassen, so würde das Offert eben durch Factura und Brief gebildet; die Factura wäre Theil des Offerts und daher in der uns hier interessirenden Beziehung nach den im Folgenden dargelegten Grundsätzen zu beurtheilen. — Nicht hieher gehört der Fall der Zusendung von Waare und Factura auf Grund irrthümlicher Annahme einer vorhergegangenen Bestellung. (Vgl. hiezu oben S. 42 fg. und Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 216 Anm. 3.)

Digitized by Google

Offert ausdrücklich oder stillschweigend an[4]), so ist damit der gesammte rechtsgeschäftliche Factureninhalt zur lex contractus erhoben.[5]) Klagt also der Offerent den Kaufpreis ein, so ist

[4]) Der Oblat ist grundsätzlich nicht verpflichtet, das unter Zusendung der offerirten Waare gestellte Offert zu beantworten; sein Schweigen ist mithin grundsätzlich nicht als Annahme des Offerts zu deuten. Eine Antwortspflicht kann aber durch besondere Umstände begründet sein und das Schweigen des Oblaten ist dann allerdings als Annahme des Offerts auszulegen. Vgl. hiezu Hanausek a. a. O. I S. 219 fg.; ebenda ist die reiche einschlägige Literatur und Praxis angeführt. Die richtige Auffassung ist z. B. in dem Erk. des R. O. H. G. XVI Nr. 13 S. 40 fg., vom O. L. G. Adler-Clemens III Nr. 365 S. 187, vom O. H. G. Stuttgart, Goldschmidts Z. Schr. XXIII S. 526 fg., vom O. A. G. Dresden ebenda S. 527 fg., ferner vom O. A. G. Dresden ebenda S. 528 fg. und XVII S. 243 (im letzteren Erk. unter Beschränkung auf Nichtkaufleute) anerkannt; anderer Meinung sind dagegen z. B. O. A. G. Dresden, Goldschmidts Z. Schr. IV S. 395 fg. (für den kaufmännischen Verkehr), 1. Instanz und O. G. H. Wien Adler-Clemens IV Nr. 365 S. 186 fg. (unter irriger Anwendung des Art. 339 H. G.).

Eine Antwortspflicht des Oblaten wird (mag nun das Offert mit oder ohne Zusendung von Waare gestellt sein) m. E. nicht schon dadurch begründet, daß der Oblat das Offert durch eine vorhergegangene Aufforderung (zum Offeriren) veranlaßt hat. Der Offerent darf daraus, daß er zum Offeriren eingeladen wurde, nicht schließen, es werde dem Oblaten jedes Offert recht sein und darum geht es nicht an, zu argumentiren, das bloße Schweigen des Oblaten bedeute Annahme des Offerts. Auch ein Gegenoffert, d. h. ein Offert, das in Erwiederung eines Offerts des Oblaten gestellt wurde, braucht — auch wenn es von einer Waarensendung begleitet ist — nicht beantwortet zu werden. Ein Offert, das einmal abgelehnt wurde, ist damit endgiltig erledigt. Wer ein Offert erhalten hat, darf daraus nicht schließen, es werde dem Offerenten im Zweifel auch ein Gegenoffert genehm sein und darum ist das bloße Schweigen des Empfängers eines Gegenofferts noch nicht als Annahme zu deuten. (Eine Einladung zum Offeriren sowie ein früheres Offert des Oblaten hat höchstens insoferne Bedeutung, als etwaige in der früheren Correspondenz enthaltene Angaben überhaupt im Falle des späteren Zustandekommens eines Vertrags für die Interpretation des Vertragsinhalts in Betracht kommen können.) — Vgl. auch oben S. 81 Anm. 47.

[5]) Fälle, in denen ein unter Zusendung unbestellter Waare gestelltes Offert durch concludente Handlungen angenommen wurde vgl. bei Hanausek a. a. O. I S. 219 Anm. 7. — Beispielsweise nenne ich aus der Praxis R. O. H. G. XVI Nr. 13 S. 40 fg., O. A. G. Dresden, Goldschmidts Z. Schr. XVII S. 243 und S. 244, O. A. G. Jena ebenda XXII S. 525 fg., O. A. G. Dresden ebenda S. 527 fg. und S. 528 fg.; vgl. dagegen aber auch den

Digitized by Google

es zwar erforderlichenfalls seine Sache darzulegen, daß der Oblat das Offert ausdrücklich oder durch concludentes Handeln angenommen hat.[6]) Ist dieß aber festgestellt, so ist er in der Lage, sich auf jeden der rechtsgeschäftlichen Facturavermerke gegen den Käufer mit Erfolg zu berufen, insoferne nicht etwa eine besondere Formvorschrift der Wirksamkeit des betreffenden Vermerks hindernd in den Weg tritt. Der Oblat wird also — um nur einiges hervorzuheben — insoferne die Annahme des Offerts festgestellt erscheint, verpflichtet sein, den facturirten Kaufpreis zu bezahlen[7]) sowie eine Clausel, die die Haftung des Verkäufers für Quantität und Qualität der Lieferung zeitlich beschränkt, gegen sich gelten zu lassen; der Offerent wird, wenn feststeht, der Kaufvertrag sei zu Stande gekommen, in der Lage sein, den Rechtsstreit vor dem Gericht des in der Factura angegebenen Zahlungsortes als forum contractus durchzuführen[8]), sowie mit Berufung auf einen Prorogations-

richtig entschiedenen Fall Goldschmidts Z. Schr. IV S. 396 fg. (O. A. G. Dresden). — Der Oblat hat nur die Wahl, unter Anerkennung des gesamten rechtsgeschäftlichen Factureninhalts das Offert anzunehmen, oder es überhaupt abzulehnen. Setzt der Oblat also eine Handlung, die als stillschweigende Annahme des Offerts gedeutet werden muß, so läge in einer gleichzeitigen oder später abgegebenen Erklärung, sich einem bestimmten Bestandtheil der Factura nicht fügen zu wollen, eine die bona fides verletzende und darum unwirksame Erklärung, eine protestatio facto contraria. Ebenso läge ein die bona fides verletzendes Verhalten des Oblaten vor, wenn er sich, obwohl er über die Waare disponirt oder eine andere Handlung gesetzt hat, die als stillschweigende Annahmeerklärung gedeutet werden muß, auf eine von ihm früher abgegebene einen Facturavermerk ablehnende Erklärung berufen wollte; die letztere Erklärung wäre als durch die spätere stillschweigend erfolgte Annahmeerklärung widerrufen anzusehen. — Hat aber der Oblat keine Handlung gesetzt, die als stillschweigende Annahmeerklärung zu deuten ist, wohl aber ausdrücklich erklärt, er wolle die offerirte Waare zwar behalten, sich aber einem bestimmten Facturavermerk nicht fügen, so hätte der Oblat das an ihn gerichtete Offert abgelehnt und ein neues Offert (Gegenoffert) an den ursprünglichen Offerenten gerichtet, das dieser nicht zu beantworten brauchte. (Vgl. die vorige Anmerkung.)

[6]) Vgl. Hanausek a. a. O. I S. 220 Anm. 7 a. E.

[7]) Die unterlassene Rüge eines dem Käufer ungünstigen Rechenfehlers präjudicirt ihm natürlich nicht. Vgl. oben S. 20 Anm. 4.

[8]) Die Factura, in welcher ein Zahlungsort genannt ist, enthält eine ausdrückliche Bestimmung des Ortes, „wo eine Zahlung geleistet — —

vermerk im Sinne des §. 6 S. V. die Durchführung des Processes im Summarverfahren verlangen können.[9])

werden soll" und im Falle der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme des in Form der Factura gestellten Verkaufsofferts ist daher das forum contractus im Sinne des §. 43 J. N. begründet. Vgl. oben S. 95 Anm. 15.

Wird das Gericht des facturirten Zahlungsortes als forum contractus angerufen, so hat dasselbe das Verfahren einzuleiten, wenn der Kläger bloß behauptet, dem Beklagten eine Factura, die den betreffenden Ort als Zahlungsort nannte, zugesendet zu haben und bloß behauptet, der Beklagte habe das in Form der Factura gestellte Offert angenommen. (Vgl. für diesen aus §. 48 Abs. 1 J. N. zu folgernden Satz die Entscheidung des O. G. H. v. 17. Juni 1857 J. V. Nr. 22, Manzsche Sammlung der Entscheidungen des O. G. H. in C. S. I S. 25.) Erhebt aber der Beklagte die exceptio fori, so wird der Kläger zu deren Bekämpfung die vom Beklagten geleugnete Annahme des Offerts zu beweisen haben.

Mit Rücksicht auf das oben §. 7 (S. 89 fg.) Ausgeführte ist also unser Ergebniß Folgendes: Ist der Zusendung der Waare eine Bestellung vorausgegangen, so ist im Falle der Nichtbeanstandung des einen Zahlungsort nennenden Facturavermerks das Gericht des facturirten Zahlungsortes nicht als forum contractus competent. — Ist dagegen eine Bestellung nicht vorausgegangen, enthält also erst die Factura das Offert, so wird durch die Annahme des Offerts der den Zahlungsort nennende Facturavermerk genehmigt und das Gericht des facturirten Zahlungsortes ist daher nach §. 43 J. N. zuständig. Daß die verschiedene Behandlung dieser beiden Arten von Facturen manchen Verkäufer veranlassen könnte, um seinen Anspruch vor dem Gerichte des facturirten Zahlungsortes anhängig zu machen, der vorausgegangenen Bestellung in der Klage nicht zu erwähnen, ist wohl nicht zu besorgen. Denn einmal ist der Factura häufig zu entnehmen, ob die Sendung bestellte oder unbestellte Waare enthalte. Ferner widerspricht es zu sehr dem Interesse des Verkäufers an einer ihm günstigen meritorischen Proceßentscheidung, der Bestellung als Verpflichtungsgrundes des Beklagten nicht schon in der Klage zu erwähnen. Endlich wäre der Vortheil, den der Verkäufer durch eine Verschweigung der Bestellung erreichen könnte, doch nur ein sehr prekärer, weil der Beklagte ja in der Lage wäre, gelegentlich der exceptio fori den wahren Sachverhalt darzulegen.

[9]) §. 6 S. V. normirt die Frage, ob und wie das Prorogationsübereinkommen nachzuweisen sei, überhaupt nicht und schreibt insbesondere nicht — wie §. 5 des Bagatellverfahrens — urkundlichen Nachweis des Prorogationsübereinkommens vor. Daraus darf natürlich nicht geschlossen werden, daß ein Nachweis dieses Prorogationsübereinkommens überhaupt unnöthig ist. Wohl aber ist hieraus zu schließen, daß für die Einleitung des Summarverfahrens im Sinne des §. 6 S. V. die bloße Behauptung des

Digitized by Google

Dagegen meine ich, daß auf Grund eines Prorogationsvermerks, welcher in einer Factura der uns hier interessirenden Art enthalten ist, trotz erfolgter Annahme des in der Factura enthaltenen Verkaufsofferts, Durchführung des Rechtsstreites im Bagatellverfahren im Sinne der §§. 5 und 6 B. V. nicht begehrt werden kann. §. 5 B. V. verlangt ja wie oben S. 125 eingehend dargelegt wurde, zwei ein Prorogationsübereinkommen bildende urkundliche Erklärungen; §. 6 B. V. aber bezieht sich nur auf zur Beurkundung eines Rechtsgeschäfts ausgefertigte Documente und zu diesen ist auch eine Factura, die mit unbestellter Waare zugesendet wurde, nicht zu zählen, weil man ja sonst auch einen ein Kaufsoffert oder Verkaufsoffert enthaltenden Brief „ein behufs Beurkundung des Kaufvertrags ausgefertigtes Document" nennen müßte. Dazu kommt noch folgende Erwägung: Das in der mit unbestellt zugesendeter Waare übermittelten Factura enthaltene Offert wird regelmäßig nicht schon dadurch, daß der Empfänger dieselbe widerspruchslos angenommen (entgegengenommen) hat, sondern erst

Klägers, ein Porogationsübereinkommen sei abgeschlossen worden, genügt. Es ist daher m. E. auf Grund der bloßen Behauptung des Klägers, die mit unbestellter Waare zugesendete Factura habe einen Prorogationsvermerk enthalten, sowie seiner weiteren bloßen Behauptung, der Empfänger habe das Offert angenommen, die Einleitung des Summarverfahrens nach §. 6 S. V. zu verfügen. Dem Beklagten ist es aber vorbehalten, einzuwenden, das Prorogationsübereinkommen sei nicht abgeschlossen worden (in unserem Falle also die Factura habe den Vermerk nicht enthalten oder aber er habe das Offert nicht angenommen) und auf dieser Grundlage Einstellung des Summarverfahrens zu verlangen. Sache des Klägers wäre es hierauf, den ein Prorogationsübereinkommen bildenden Thatbestand erforderlichenfalls zu beweisen. (Vgl. hiezu auch oben S. 132 Anm. 26 a.)

Ein die Prorogirung des Summarverfahrens im Sinne des §. 6 S. V. bezweckender Facturavermerk ist somit unwirksam, wenn die Factura mit bestellter Waare zugesendet wurde (vgl. oben S. 119 fg.), dagegen aber wirksam, wenn die Factura mit unbestellter Waare zugesendet wurde, also ein bloßes Offert enthielt. Gegen dieses Ergebniß darf nicht eingewendet werden, es sei zu besorgen, daß mancher Verkäufer, um sich die Vortheile des Summarverfahrens zu sichern, in der Klage der der Waarensendung vorausgegangenen Bestellung nicht erwähnen werde. Ich berufe mich hiefür auf die Ausführungen am Schlusse der vorigen Anmerkung, die hier sinngemäße Anwendung zu finden haben.

Digitized by Google

durch eine anderweitige ausdrückliche oder stillschweigende Acceptationserklärung[9a]) zur lex contractus erhoben.[10]) Zählt man

[9a]) Nur dann, wenn der Oblat im Sinne des oben S. 143 Anm. 4 Ausgeführten zu einer Beantwortung des in der Factura enthaltenen Offerts verpflichtet war, ist sein bloßes Schweigen als Annahme des Offerts zu deuten.

Das bloße Beziehen der unbestellt zugesendeten Waare vom Transporteur bedeutet im Zweifel nicht Annahme des sich auf dieselbe beziehenden Offerts. Diese Auffassung wäre nur dann zulässig, wenn das Beziehen der Waare vom Transporteur der Sachlage gar nicht anders gedeutet werden könnte, als als Acceptation des Offerts. Dazu aber müßten folgende Umstände festgestellt sein: *α*) Es müßte feststehen, daß die das Offert enthaltende Factura dem Oblaten bereits früher zugestellt war. *β*) Es müßte ferner feststehen, daß das Beziehen der Waare vom Transporteur nicht nur oder auch im Interesse des Absenders geschehen ist. *γ*) Endlich müßte festgestellt werden, daß der Oblat die Waare nicht bloß darum dem Transporteur abgenommen hat, um sie zu besehen und von dem Ergebniß seiner Prüfung seine Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Offerts abhängig zu machen. Zu dem zu *γ* besprochenen Punkte ist zu bemerken, daß es regelmäßig der Intention des Absenders entspricht, daß der Oblat die Waare, bevor er seine Entscheidung trifft, besieht. Dieser seiner Intention kann der Absender in der Factura oder einem Begleitschreiben besonderen Ausdruck gegeben haben; diese Intention des Absenders kann aber auch aus den Umständen (z. B. also aus der Natur der betreffenden Waarengattung) zu erschließen sein. — Der zu *γ* geltend gemachte Gesichtspunkt hat außer Betracht zu bleiben, wenn die Factura nicht ein Offert enthielt, sondern in Folge irrthümlicher Annahme einer vorhergegangenen Bestellung ausgefertigt war. Vgl. hiezu oben S. 47 Anm. 7.

[10]) Anders steht es in dieser Beziehung beim Frachtbrief, also jener der im §. 6 B. B. exemplicativ aufgezählten Urkunden, die der mit unbestellt zugesendeter Waare übermittelten Factura am nächsten steht. (Vgl. oben S. 134 fg. Anm. 28.) Beim Frachtbrief durfte — wie oben S. 134 fg. Anm. 28 eingehend dargelegt ist — der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgehen, daß mit der Annahme des Frachtbriefs (und eventuell des Frachtgutes) wie dessen gesammter übriger Inhalt, so auch die Prorogationsclausel als lex contractus anerkannt worden sei.

Über die sog. Consignationsfactura (vgl. oben S. 1, S. 3) sei hier eine beiläufige Bemerkung eingeschaltet. Enthält eine Consignationsfactura eine die Prorogirung des Bagatellverfahrens bezweckende Clausel und klagt der Committent auf Grund derselben gegen den Commissionär (etwa im Sinne des Art. 376 Abs. 1 oder des Art. 376 Abs. 3 H. G.) unter Berufung auf den Prorogationsvermerk beim Bagatellgericht, so kann die Zuständigkeit des Bagatellverfahrens jedenfalls nicht auf §. 5 B. B.

Digitized by Google

also die mit unbestellt zugesendeter Waare dem Oblaten zugehende Factura zu den Urkunden, auf die sich §. 6 B. V. bezieht, so wäre bei Entscheidung der Frage, ob der Rechtsstreit auf Grund der in der Factura enthaltenen Prorogationsclausel im Bagatellverfahren durchzuführen sei, regelmäßig auf einen

gestützt werden; denn es fehlt ja auch hier an zwei urkundlichen ein Prorogationsübereinkommen bildenden Erklärungen. Ob ein solcher Rechtsstreit auf Grund des §. 6 B. V. im Bagatellverfahren durchzuführen wäre, hängt davon ab, ob man die Consignationsfactura als „ein zur Beurkundung des Rechtsgeschäftes (also des Commissionsgeschäftes) ausgefertigtes Document" auffaßt. Wer diese Frage bejaht, muß überhaupt jeden Brief, in welchem der Verkaufscommittent dem Commissionär bezüglich eines entweder unter einem abgesendeten oder erst nachzusendenden oder schon in der Gewahrsame des Commissionärs befindlichen Commissionsgutes die Verkaufsmodalitäten insbesondere das Limito mittheilt, als ein zur Beurkundung des Commissionsgeschäftes ausgefertigtes Document auffassen. Dazu kommt noch folgende Erwägung: Der Commissionär darf allerdings über das Commissionsgut nur unter Einhaltung bzw. Anerkennung der in der Factura angeführten Modalitäten disponiren; er ist, insoferne er sich auch nur bereit erklärt über das facturirte Commissionsgut zu disponiren, an den Factureninhalt gebunden. Dieß gilt auch dann, wenn der Absendung der Factura ein perfecter Commissionsvertrag vorangegangen wäre, weil ja der Mandatar nicht ein Recht auf Ausführung des Mandats hat, eine Modification bzw. Ergänzung des ertheilten Mandats dem Mandanten daher (unbeschadet einer etwaigen Schadenersatzpflicht) jeder Zeit freistehen muß. Allein daß der Inhalt der Factura im Sinne des eben Ausgeführten lex contractus geworden ist, wird durch die bloße Annahme (Entgegennahme) der Factura durchaus nicht immer bewiesen. Dazu müßte vielmehr hinzutreten, daß der Commissionär entweder α) über das Commissionsgut disponirt hat oder sich β) bereit erklärt hat, über dasselbe unter den facturirten Modalitäten zu disponiren oder doch γ) daß der Commissionär im concreten Falle, sei es auf Grund eines vorher abgeschlossenen Commissionsvertrages sei es im Sinne des Art. 323 Abs. 1 H. G. zu einer Antwort auf die in der Factura enthaltene Mittheilung verpflichtet war, mithin durch sein bloßes Schweigen den Factureninhalt als ihn verpflichtend anerkannt hat. Subsumirt man also die Consignationsfactura unter §. 6 B. V., so wäre bei Entscheidung der Frage, ob der Rechtsstreit auf Grund der in der Factura enthaltenen Prorogationsclausel im Bagatellverfahren durchzuführen sei, unter Umständen auf einen ganz anders gearteten Thatbestand Gewicht zu legen, als bei Entscheidung der Frage, ob der Empfänger der Factura überhaupt Commissionär geworden ist bzw. den sonstigen Factureninhalt als ihn verpflichtend anerkannt hat. (Vgl. hiezu die gleich folgende Ausführung im Texte.)

Digitized by Google

ganz anders gearteten Thatbestand Gewicht zu legen, als bei Entscheidung der Frage, ob der Empfänger von Waare und Factura überhaupt Käufer geworden ist. Es könnte sich daher ereignen, daß der Rechtsstreit auf Grund der in der Factura enthaltenen Prorogationsclausel im Bagatellverfahren durchgeführt werden müßte, obwohl nicht festgestellt werden konnte, daß der Facturenempfänger die unbestellt zugesendete Waare gekauft hat, ja obwohl sogar festgestellt wurde, daß das in der Factura enthaltene Offert nicht acceptirt oder abgelehnt, ein Kaufvertrag also nicht zu Stande gekommen ist. Daß nun diese Consequenz der Subsumtion der mit unbestellt zugesendeter Waare dem Oblaten zugehenden Factura unter §. 6 B.V. sachgemäß wäre, wird kaum behauptet werden dürfen.[11])

B. Es kommt manchmal vor, daß der Verkäufer gelegentlich der Zusendung bestellter Waare zugleich unbestellte Waare mitsendet, über die bestellte und die unbestellte Waare aber nur eine Factura ausfertigt.[12]) Dieselbe Urkunde hat dann rücksichtlich eines bezüglich der bestellten Waare geltend gemachten

[11]) Bezüglich der im vorigen §. erörterten Frage, ob der Facturenaussteller unter Berufung auf unbeanstandet gebliebene Fackuravermerke darzuthun vermag, wie und wann er geliefert hat, sei bezüglich der mit unbestellt zugesendeter Waare übermittelten Factura Folgendes bemerkt: Entweder kam später bezüglich der unbestellt zugesendeten Waare durch die Annahme des in der Factura gestellten Offerts ein Kaufvertrag zu Stande, oder dieß ist nicht geschehen. Im ersteren Falle liegt kein Grund vor, den zum Käufer gewordenen Oblaten bezüglich der Verpflichtung etwaige unwahre thatsächliche Angaben in der Factura zu rügen, anders zu behandeln, als einen Empfänger von Waare und Factura, der von vornherein Käufer war. Im zweiten Falle aber kann von einer ex contractu begründeten Rügepflicht bezüglich des Factureninhalts überhaupt keine Rede sein. Der Oblat, welcher, wie wir gehört haben, nicht einmal verpflichtet ist, sich darüber zu äußern, ob er die empfangene unbestellte Waare als Käufer behalten oder nicht behalten wolle, kann um so weniger zu einer Prüfung der einzelnen Facturenangaben thatsächlichen Inhalts verpflichtet erscheinen. Vielmehr wäre es Sache des die unbestellte und nicht gekaufte Waare zurückfordernden Offerenten darzuthun, wie die Lieferung nach Quantität und Qualität geartet war bzw. jede andere für seinen Rückforderungsanspruch sonst relevante Thatsache nachzuweisen.

[12]) Von diesem Falle wohl zu unterscheiden ist der Fall, daß die (mit der Factura übereinstimmende) Sendung im Verhältniß zur Bestellung ein

Digitized by Google

Anspruchs die Bedeutung einer mit bestellter Waare zugesendeten Factura, rücksichtlich eines bezüglich der unbestellten Waare erhobenen Anspruchs aber die Bedeutung eines Offerts. Vermag also der Facturenaussteller nicht darzuthun, daß das in der Factura enthaltene Offert angenommen worden sei, so wäre seine Klage auf Zahlung des facturirten Kaufpreises für die unbestellte Waare abzuweisen, während der Facturenaussteller sich auf dieselbe Urkunde in dem oben S. 45 fg. dargelegten Sinne zur Begründung seiner Klage auf Zahlung des facturirten Preises für die bestellte Waare allerdings berufen könnte. Hat aber der Facturenempfänger bezüglich der unbestellten Waare eine Handlung gesetzt, die als stillschweigende Annahme des bezüglich dieser Waare an ihn gerichteten Offerts gedeutet werden muß (hat er sie also z. B. in Gebrauch genommen), so ist der gesammte Factureninhalt nicht nur bezüglich der unbestellten Waare[13]), sondern im Zweifel auch für die bestellte Waare als lex contractus anerkannt anzusehen. Der Facturenempfänger müßte bei dieser Sachlage darthun, daß er einen später bestrittenen Facturavermerk bezüglich der bestellten Waare rechtzeitig[14]) ausdrücklich abgelehnt habe.[15]) Hat der Facturenempfänger das bezüglich der unbestellten Waare ergangene Offert unbeschränkt ausdrücklich angenommen[16]), so wäre es seine

---

Mehr enthält. Vgl. über diesen Fall Hanausek, Haftung des Verkäufers I S. 263 fg.

[13]) Vgl. oben S. 143 fg. Anm. 5. Jede unbeschränkte ausdrückliche und jede stillschweigende Annahme des Offerts unterwirft also den Facturenempfänger bezüglich der unbestellten Waare dem gesammten Factureninhalte.

[14]) Vgl. oben S. 55.

[15]) Der normale Fall ist ja der, daß für die mit derselben Factura gesandte Waare eine lex contractus gilt. Daraus, daß der Factureninhalt bezüglich der unbestellten Waare als lex contractus anerkannt wurde, darf daher bis auf weiteres geschlossen werden, daß der Factureninhalt auch für die bestellte Waare als lex contractus anerkannt wurde. Mithin trifft den bezüglich der bestellten Waare das Gegentheil behauptenden Facturenempfänger die Beweislast bezüglich dieser seiner Behauptung, sowie die durch die bona fides begründete Verpflichtung, den Absender von seiner anomalen Auffassung des Sachverhaltes rechtzeitig zu verständigen.

[16]) Eine beschränkte ausdrückliche Annahme wäre Ablehnung. Vgl. oben S. 144 Anm. 5 am Ende.

Digitized by Google

Sache gewesen, gleichzeitig (in demselben Briefe) einen ihm bezüglich der bestellten Waare nicht genehmen Facturavermerk ausdrücklich abzulehnen[17]); eine unbeschränkte ausdrückliche Annahme des bezüglich der unbestellten Waare gestellten Offerts, ist also, insoferne es an einer gleichzeitigen abweichenden Erklärung fehlt, auch bezüglich der bestellten Waare als stillschweigende Anerkennung der in der Factura für die unbestellte Waare enthaltenen lex contractus zu deuten.

Auf Grund der vorstehenden Ausführung gelangen wir unter Anderem auch zu folgendem praktisch wichtigen Ergebniß:

Klagt der Facturenaussteller auf Grund einer über bestellte und unbestellte Waare ausgefertigten Factura bei dem Gerichte des facturirten Zahlungsortes als forum contractus, so ist, insoferne festgestellt erscheint, daß der beklagte Empfänger die unbestellte Waare als gekauft behalten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, damit im Zweifel auch festgestellt, daß das angerufene Gericht auch für die bezüglich der bestellten Waare erhobene Klage competent sei; Sache des die exceptio fori erhebenden beklagten Empfängers wäre es, darzuthun, er habe den facturirten Zahlungsort bezüglich der bestellten Waare besonders und im Sinne des vorbemerkten wirksam abgelehnt.[18])

[17]) Vgl. oben Anm. 15.

[18]) Oder in der Factura heißt es: „Reclamationen werden nur binnen 8 Tagen berücksichtigt." Der Empfänger der Sendung nimmt das bezüglich der unbestellten Waare an ihn gerichtete Offert ausdrücklich oder stillschweigend an. Die Clausel würde dann nicht nur für die unbestellte, sondern im Zweifel auch für die in derselben Urkunde facturirte bestellte Waare gelten. — Man denke ferner an folgenden Fall: Die Factura enthält einen ein Prorogationsübereinkommen im Sinne des §. 6 des Summarverfahrens bezweckenden Vermerk. Der Empfänger der Sendung nimmt das bezüglich der unbestellten Waare ihm in der Factura zugehende Offert ausdrücklich oder stillschweigend an. Das Prorogationsübereinkommen wäre dann nicht nur für die Klage auf Zahlung des Preises für die unbestellt zugesendete Waare, sondern auch für die Klage auf Zahlung des Preises für die bestellte Waare wirksam.

Ee U. 14
9/1/24

Digitized by Google

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Digitized by Google

Neuerer Verlag

der Manz'schen k. u. k. Hof-Verlags- u. Univ.-Buchh. in Wien, I. Kohlmarkt.

Freiberger, Gustav, Handbuch der österreichischen directen Steuern in system. Darstellung. 8. 1887. (XIV, 445 S.) 3 fl. 60 kr.
gebunden in Leinen 4 fl. 20 kr.

Gams, Johann, Handbuch der Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen im gerichtlichen Verfahren in und außer Streitsachen. gr. 8. 1890. (VIII, 260 S.) 2 fl. 40 kr.

Haberer, Dr. L., und **Friedrich Zechner,** Handbuch des österr. Bergrechts auf Grund des allgemeinen Berggesetzes, vom 23. Mai 1854 mit Berücksichtigung der einschlägigen Gesetze, Verordnungen und Entscheidungen. 1884. gr. 8. (XIV, 457 S.) 4 fl.
gebunden in Leinen 4 fl. 60 kr.

Hasenöhrl, Dr. **Vict.,** Das österr. Obligationenrecht, in systematischer Darstellung mit Einschluß der Handels- und wechselrechtlichen Lehren. 2 Bände.
I. Band, 1. und 2. Abtheilung. gr. 8. 1881. (VII, 644 S.) 6 fl.
II. Band, 1. Abtheilung. gr. 8. 1886. (IV, 318 S.) 3 fl.
II. Band, 2. Abtheilung. gr. 8. 1890. Mit Register. (IV, 344 S.) 3 fl.

Haushofer, Dr. **M.,** Lehr- und Handbuch der Statistik in ihrer neuesten wissenschaftlichen Entwicklung. gr. 8. 1872. (VIII, 526 S.) 4 fl.

Herbst, Dr. **Eduard,** Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes. Mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Studiums und der Anwendung bearbeitet.
I. Band. Von den Verbrechen. 7., nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung und der Rechtsprechung des Cassationshofes berichtigte Auflage. gr. 8. 1882. (VIII, 501 S.) 4 fl.
II. Band. Von den Vergehen und Uebertretungen. 7., nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung und der Rechtsprechung des Cassationshofes berichtigte und vermehrte Auflage. gr. 8. 1883. (IV, 432 S.) 3 fl. 60 kr.

Krainz, Dr. **Josef,** System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (Grundriß und Ausführungen). Nach dessen Nachlaß herausgegeben und redigirt von Prof. Dr. **L. Pfaff.** Erster Band. Der allgemeine Theil. gr. 8. 1885. (XVI, 482 S.) 4 fl. 80 kr.

— **System des österreichischen allgemeinen Privatrechts** (Grundriß und Ausführungen). Aus dessen Nachlaß herausgegeben und redigirt von Prof. Dr. **L. Pfaff.** Zweiter Band. Der specielle Theil. Erste Hälfte: Grundriß. gr. 8. 1889. (XII, 443 S.) 4 fl. 20 kr.

— — Zweiter Band. 2. Hälfte. Der specielle Theil. Ausführungen. gr. 8. 1889. (VIII, 524 S. Nebst Register zum ganzen Werke.) 4 fl. 80 kr.

Mayrhofer, Ernst, k. k. Statthaltereirath, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern, mit besonderer Berücksichtigung der diesen Ländern gemeinsamen Gesetze und Verordnungen. 4. vermehrte und verbesserte Auflage. 3 Bände. gr. 8. 1880/81. 21 fl.
in 4 Halbfranzbänden 24 fl.

Neurath, Dr. **W.,** System der socialen und politischen Oekonomie. Volkswirthschaftslehre. 2. umgearbeitete und erweiterte Auflage. gr. 8. 1889. Die Volkswirthschaftslehre erscheint vollständig in 6 Lieferungen à 40 kr.

Obentraut, Adolf Ritter **v.,** Systematisches Handbuch der österreichischen Sanitätsgesetze, alle giltigen Gesetze und Verordnungen über das Sanitätswesen enthaltend. 2. vielfach vermehrte und verbesserte Auflage. gr. 8. 1881. (XII, 616 S.) 4 fl.
in Halbfranzband 5 fl.

Digitized by Google

Neuerer Verlag

der Manz'schen k. u. k. Hof-Verlags- u. Univ.-Buchh. in Wien, I. Kohlmarkt.

Peyrer, Karl, k. k. Ministerialrath, **Das österreichische Wasserrecht.** Mit vorzüglicher Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte und die Spruch- und Verwaltungspraxis erläutert. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. Herausgegeben von Dr. Karl Peyrer, R. v. Heimstätt und Dr. Ignaz Großmann. gr. 8. 1886. (XXIV, 834 S.) 6 fl.
in englische Leinwand gebunden 7 fl.

Pfaff, Dr. **Leopold,** und Dr. **Franz Hofmann,** Professoren der Rechte an der Wiener Universität, **Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.**
I. Band. 1. Abtheilung. gr. 8. 1877. (XII, 240 S.) 2 fl. 40 kr.
2. Abtheilung. gr. 8. 1882. (120 S.) 1 fl. 20 kr.
II. Band. 1. Abtheilung. gr. 8. 1877. (160 S.) 1 fl. 50 kr.
2. Abtheilung. gr. 8. 1880. (160 S.) 1 fl. 50 kr.
3. Abtheilung. gr. 8. 1883. (160 S.) 1 fl. 50 kr.
4. Abtheilung. gr. 8. 1885. (160 S.) 1 fl. 50 kr.
5. Abtheilung. gr. 8. 1887. (160 S.) 1 fl. 50 kr.

Pfaff, Dr. **Leopold,** und Dr. **Franz Hofmann,** Professoren der Rechte an der Wiener Universität, **Excurse über österreichisches bürgerliches Recht.** Beilagen zum Commentar.
I. Band. I. Heft. gr. 8. 1877. (112 S.) 1 fl.
I. Band. II., III., IV. Heft. gr. 8. 1889. (318 S.) 2 fl. 80 kr.
II. Band. I. Heft. gr. 8. 1877. (130 S.) 1 fl.
II. Band. II. Heft. gr. 8. 1880. (84 S.) 1 fl.
II. Band. III. Heft. gr. 8. 1884. (104 S.) 1 fl.

Schey Dr. **Josef v., Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts.** I. Band. 1. Heft: Einleitung. — Das Darlehen. gr. 8. 1890. (VII, 186 S.) 1 fl. 50 kr.
(Fortsetzung erscheint in Kürze.)

Schuster, Dr. **Ferd.,** k. k. Regierungsrath. **Commentar zum Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen.** Allgemeine Anordnungen. Verlassenschaftsabhandlung. Mit einem Anhange über die Nachlaßgebühren. 3. neu bearbeitete Auflage. gr. 8. 1886. (XVI, 480 S.) 3 fl. 60 kr.

Stein, Dr. **Lor.** Ritter **v.,** **Lehrbuch der Nationalökonomie.** 3. umgearbeitete Auflage. gr. 8. 1887. (XVI, 457 S.) 5 fl.

Steinbach, Dr. **Emil,** Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den **Ersatz von Vermögensschäden.** 8. 1888. (92 S.) 90 kr.

Stubenrauch, Dr. **Mor. v.,** k. k. o. ö. Professor der Rechte, **Commentar zum allgemeinen österr. bürgerlichen Gesetzbuche,** sammt den dazu erflossenen Nachtragsverordnungen. 6., nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung berichtigte und vermehrte Auflage. Herausgegeben von Dr. Max Schuster von Bonnot und Dr. Karl Schreiber. 2 Bände. Lex.-8. 1890. 12 fl.
elegant in 2 Halbfranzbände gebunden 14 fl.
(Im Erscheinen begriffen.)

Weigelsperg, B. v., Compendium der auf das Gewerbewesen bezugnehmenden Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften. Dritte erweiterte Auflage mit Nachträgen. gr. 8. 1890. brosch. (XI, 742 S.) 5 fl. 40 kr.
gebunden in Leinen 6 fl.

Wolski, Dr., **Das Judikatenbuch des k. k. Verwaltungsgerichtshofes,** enthaltend sämmtliche, von dem genannten Gerichtshofe in Verwaltungsgegenständen ausgesprochenen Rechtsgrundsätze in übersichtlich-organischer Zusammenstellung. gr. 8. 1884. (XXII, 453 S.) 4 fl. 20 kr.
elegant in Leinen gebunden 4 fl. 80 kr.

(Die Erkenntnisse aus den Jahren 1884 bis 1890 siehe Alter, Judikatenbuch.)

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google